Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 8 – Num. 2
Dicembre 2019

Edizioni
Ca'Foscari

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche

Quaderni del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Direttore
Alberto Urbani

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing
Fondazione Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 3246, 30123 Venezia
URL https://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/

Ricerche giuridiche
Rivista semestrale

Direzione scientifica Niccolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Capriglione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Marcello Clarich (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Lorenzo De Angelis Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Danmark) María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Paolo Montalenti (Università degli Studi di Torino, Italia) Christoph G. Paulus (Humboldt Universitat zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Österreich) Masaki Sakuramoto (Tokyo University, Japan) Antonella Sciarrone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Marco Sepe (Unitelma Sapienza Università di Roma, Italia) Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alberto Urbani Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland)

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato editoriale e di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Claudia Irti Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Giuliana Martina Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Andrea Pin Ilenia Rapisarda Roberto Senigaglia Gianluca Sicchiero Ilaria Supino (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Gaetano Zilio Grandi Andrea Zorzi (Università degli Studi di Firenze, Italia)

Comitato scientifico Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EIUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Laura Calafà (Università di Verona, Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paoloefisio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Giuseppe Fauceglia (Università di Salerno, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova, Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobuono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alessandro Melchionda (Università di Trento, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Andrea Pertici (Università di Pisa, Italia) Henry Peter (Université de Genéve, Suisse) Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia, Italia) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Nicola Pisani (Università di Teramo, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Oreste Pollicino (Università Commerciale L. Bocconi, Milano, Italia) Nicola Rondinone (LIUC Università Cattaneo, Castellanza) Illa Sabbatelli (Università Telematica Internazionale Uninettuno, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Laura Tebano (Università di Napoli «Federico II», Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia) Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).

2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.

3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.

4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.

5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato dei contributi pubblicati.

6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2 – Dicembre 2019

e-ISSN 2281-6100

Sommario

ARTICOLI

I diversi effetti economici della *corporate compliance*
Marco Palmieri 7

Il ruolo della capogruppo nel gruppo bancario cooperativo alla luce della l. n. 49/2016
Gruppo Cassa Centrale - Credito Cooperativo Italiano: il caso Carige
Alessio Mauro 31

Lavoro e diritto del lavoro alla prova della digitalizzazione
Valentina Cagnin 47

PAPERS

3D Printing, a Bridge Between the World of "Bit and Atoms"
Mirco Caeran 65

I requisiti degli strumenti di capitale primario di classe 1
Appunti per uno studio del capitale delle banche
Vito Bevivino 89

Oltre la scissione subsocietaria: i patrimoni destinati costituiti eclusivamente mediante apporti di terzi
Stefano Brighenti 115

URL http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/2019/2/
DOI http://doi.org/10.30687/Rg/2281-6100/2019/18

OSSERVATORIO

L'inquadramento giuridico dei *riders* entro l'alveo dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 e prime letture giurisprudenziali della etero-organizzazione
Chiara Garbuio 133

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:
Elena Bellisario, Antonio Blandini, Fabio Bravo, Laura Calafà, Leonardo Di Brina, Giuseppe Fauceglia, Laura Tebano, Francesco Vella.

Articoli

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2 – Dicembre 2019

I diversi effetti economici della *corporate compliance*

Marco Palmieri
Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract This article aims to highlight that the positive and negative consequences of corporate compliance are not limited to those connected to the application of its discipline. Therefore, considering the effects related to the implementation of corporate compliance is necessary to better understand the real effects of this corporate function.

Keywords Corporate compliance. Corporate governance. Risk Management. Due Diligence. Class Action.

Sommario 1.Introduzione. – 2.I benefici diretti. – 3.I benefici indiretti. – 4.Gli effetti negativi. – 5.Alcune evidenze conclusive alla luce della crisi indotta dal Coronavirus.

Edizioni
Ca'Foscari

Open access
© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Palmieri, M. (2019). " diversi effetti economici della corporate compliance". *Ricerche giuridiche*, 8(2), 7-30.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/02/001

1 Introduzione

L'obiettivo del presente articolo è evidenziare come le conseguenze, positive e negative, della *compliance* per le società non si limitano a quelle direttamente legate all'applicazione della relativa disciplina e che, pertanto, occorre più ampiamente considerare gli effetti connessi all'attuazione della funzione per meglio comprenderne la reale portata[1].

Come si coglie dalla prassi internazionale, la *corporate compliance* risulta applicata da organizzazioni economiche (normalmente complesse) e consiste nel monitorare che gli impiegati e i dirigenti delle stesse seguano le leggi, i regolamenti, gli *standard*, oltre alle eventuali pratiche etiche che il *management* abbia adottato, al fine di assicurare il rispetto di determinate norme primarie rilevanti[2]. La *compliance* aiuta, quindi, *in primis*, a prevenire, o anche solo a rilevare, tali possibili violazioni, ma essa permette anche, *in secundis*, di mitigare le sanzioni conseguenti nel caso in cui tali norme siano effettivamente infrante. Questi benefici sono attribuiti tradizionalmente – in una prospettiva tanto economica, quanto legale – all'adozione di un apparato di controllo interno che assicuri la conformità dell'agire dei dipendenti e del *management* della società alle norme rilevanti. Ad ogni modo, almeno un'ulteriore forma di vantaggio indiretto può essere identificata: la struttura di monitoraggio può rivelarsi utile, infatti, per controllare non solo che le specifiche norme siano rispettate, ma che lo siano anche altre, non esplicitamente coperte dalla funzione. La protezione così offerta può permettere, infatti, di annullare o contenere la responsabilità patrimoniale della società derivante dalla violazione di accordi o discendente dal sorgere di obbligazioni extracontrattuali per i danni creati a terzi conseguenti alle condotte vietate. In questa prospettiva la *compliance* altro non rappresenta che un pilastro del *risk management*, che, a sua volta, costituisce un tassello fondamentale per un'efficiente *corporate governance*.

In ogni caso, l'esercizio della *compliance* implica anche dei costi non irrilevanti per le società. Istituire una funzione di controllo all'in-

1 Il presente lavoro esamina solo gli effetti materiali della *corporate compliance*, non considerando le implicazioni etiche che la stessa può indurre ai *manager*, ai soci e agli altri *stakeholders* direttamente coinvolti. Per riassunto delle differenti motivazioni della *compliance* evidenziate dalla dottrina in ottica internazionale, cfr., *ex multis*, C. Parker, V.L. Nielsen, *Mixed Motives: Economic, Social, and Normative Motivations in Business Compliance*, in *Denv. J. Intl. L. & Pol.*, 2012, pp. 430-435.

2 Analoghe definizioni vengono offerte nella letteratura nordamericana: cfr., *ex multis*, M.H. Baer, *Governing Corporate Compliance*, in *B.C.L. Rev.*, 2009, p. 959; G.P. Miller, *The compliance function: an overview*, in *NYU Law and Economics Research Paper*, 2014, No. 14-36, pp. 1-2; S.J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2016, p. 2082.

terno della *governance* di una società rappresenta il costo materiale di più immediata identificabilità; tuttavia, l'effetto negativo maggiormente significativo sembra rintracciabile nei possibili effetti indiretti sull'attività economica. L'introduzione di specifiche procedure che assicurino il rispetto delle norme rende, difatti, l'organizzazione più complessa e rigida e, pertanto, probabilmente meno reattiva nel cogliere le opportunità di *business*.

Sulla base di queste premesse, è facile cogliere come bilanciare l'insieme dei benefici e dei costi legati alla realizzazione di una funzione di *compliance* all'interno delle società costituisca un compito particolarmente arduo per gli amministratori. Come si metterà in luce nella parte finale di quest'articolo, l'attuale crisi indotta dal Coronavirus e la necessità di rispettare le restrizioni sanitarie adottate attualmente in molte nazioni sembrano offrire talune evidenze in merito all'incidenza di queste difficoltà.

2 I benefici diretti

Investigare i costi e i benefici della *corporate compliance* significa iniziare necessariamente da un'indagine in merito alle origini dell'istituto. Si rende necessario, infatti, comprendere perché simili soluzioni amministrative si siano stati sviluppati per assicurare la conformità della legale da parte delle società.

Come noto, il luogo di nascita della *compliance* sono gli Stati Uniti, perché, non a caso, sin dalla fine del diciannovesimo secolo l'economia nordamericana è stata – e continua ad essere – l'economia preminente rispetto a quelle delle altre nazioni, grazie alla sua capacità di sviluppare delle attività su scala continentale, che vedono normalmente impegnate migliaia di persone sotto la forma organizzativa delle società di capitali[3]. In questo ambito, le radici della *compliance* sono individuate in molteplici elementi. Come sottolineato da Miller, un punto di partenza può essere individuato nei poteri regolamentari nei confronti delle *corporation* concessi nel settore ferroviario alla *Interstate Commerce Commission*, autorità creata dall'*Interstate Commerce Act* del 1887 per regolare questo fondamentale tassello dell'economia statunitense[4]. Essa fu la prima delle agenzie fondate sulla base di analoghi provvedimenti federali nei successivi primi settant'anni del ventesimo secolo per contrastare la corruzio-

3 Cfr. W.S. Laufer, *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, in *Vand. L. Rev.*, 1999, pp. 1359-1363.

4 Cfr. G.P. Miller, *The compliance function: an overview*, *op. cit.*, p. 2; analogamente R.C. Bird, S.K. Park, *The Domains of Corporate Counsel in an Era of Compliance*, in *Am. Bus. L.J.*, 2016, p. 210.

ne in altri ambiti economici[5]. Negli anni Venti, caratterizzati da un approccio del legislatore statunitense volto a moralizzare e rendere più efficiente l'attività governativa[6], furono, infatti, create la *Food and Drug Administration* nel 1906[7], la *Federal Reserve Bank* nel 1913[8], la *Federal Trade Commission* nel 1914[9]. La crisi seguente al Venerdì Nero del 1929 fu, invece, l'origine della fondazione della *Securities Exchange Commission* nel 1934[10]. Dopo la seconda Guerra Mondiale e l'immediato dopoguerra, periodi durante i quali l'attenzione politica e gli sforzi economici furono principalmente attratti dagli obbiettivi di vincere il conflitto e poi ricostruire l'Europa occidentale e il Giappone, nonché dopo la prima parte della Guerra Fredda, caratterizzata dalla una forte tensione internazionale, un nuovo interesse pubblico per il contrasto ai crescenti problemi di inquinamento maturò nel corso degli anni Sessanta e si concretizzò nella creazione della *Environmental Protection Agency* nel 1970[11].

Un ulteriore passo decisivo per lo sviluppo della *corporate compliance* fu rappresentato dall'adozione del *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977. Tale legge venne varata come una risposta alle condotte corruttive di dipendenti pubblici stranieri realizzate da numerose società nordamericane; queste ultime furono così obbligate a impiegare le proprie risorse interne per monitorare il rispetto delle leggi e dei regolamenti (anche quelli adottati dalle agenzie federali) nel corso della loro attività anche estera[12].

---

5 Cfr. W.S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago, 2006, p. 13, per una descrizione del *Progressive Movement* capeggiato dal presidente Theodore Roosevelt; sul punto cfr. anche G.P. Miller, *The law of governance, risk management, and compliance*, New York, p. 158.

6 Cfr. T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton, 2006, *passim*, in merito alla tesi che le persone obbediscono alla legge se ritengono che quest'ultima sia legittima, non per il timore della punizione.

7 Le origini dell'agenzia si ritrovano nel *Pure Food and Drug Act* del 1906 e nel preesistente *Bureau of Chemistry*.

8 Fondata dal *Federal Reserve Act*, essa è ancora una federazione di banche centrali regionali, suddivise in 12 distretti, che sono coordinate da un comitato centrale, il *Federal Reserve Board* (ora *Board of the Governors*, dopo la riforma apportata dal *Banking Act* del 1935, che ha anche introdotto il *Federal Open Market Committee*).

9 *Federal Trade Commission Act*, § 41.

10 *Securities Exchange Act*, Sec. 4. Per un'analisi cfr. J. Braithwaite, *Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control*, in *Mich. L. Rev.*, 1982, pp. 1485-1488. V. anche l'*Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* del 1988, «*which required written policies and procedures designed to prevent and detect insider trading*»: così P.E. McGreal, *Caremark in the Arc of Compliance History*, in *Temple L. Rev.*, 2018, p. 650.

11 Cfr. G.P. Miller, *The law of governance, risk management, and compliance*, *op. cit.*, p. 159.

12 Cfr. H.L. Brown, *The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the Post Caremark Era*, in *Del. J. Corp. L.*, 2001, pp. 36-44; K.D. Krawiec, *Cosmet-*

Un passaggio fondamentale per il definitivo sviluppo dell'istituto della *compliance* negli Stati Uniti fu, infine, l'adozione delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* nel 1991[13], che offrono degli incentivi giudiziali – basati su una rimodulazione della determinazione delle sanzioni – al fine di realizzare dei programmi societari di conformità aziendale volti alla prevenzione, al rilevamento e all'automatico notificazione di eventuali condotte rilevanti[14] (si veda, in particolare, il § 8C2.5(f) *Effective Program to Prevent and Detect Violations of Law*). La successiva riforma delle stesse *Guidelines*, entrata in vigore nel Novembre 2004, ha poi ulteriormente rafforzato l'idea della prevenzione delle condotte criminali[15], anche grazie alla promozione di «*an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*» [si veda il § 8B2.1(a) *Effective Compliance and Ethics Program*], pur se, tuttavia, l'efficacia di queste norme appare ancora largamente controversa[16].

Più recenti impulsi all'adozione dei programmi di *compliance* si hanno avuti, infine, con il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002[17], che ha rappresentato la risposta ai noti scandali finanziari Enron e Worldcom, nonché con il successivo *Dodd-Frank Act* del 2010[18], che è stato emanato a seguito della crisi finanziaria mondiale provocata dalle cartolarizzazioni dei famigerati mutui *subprime* nordamericani.

Il breve riassunto dell'evoluzione della *compliance* nell'ordinamento statunitense offre alcuni elementi utili a comprendere l'evoluzione dell'approccio del legislatore d'oltreoceano agli illeciti compiuti dalle *corporation*. Partendo da una sostanziale politica di *laissez-faire*[19],

ic Compliance and the Failure of Negotiated Governance, in *Wash. Univ. Law Q.*, 2003, p. 497; R.C. Bird, S.K. Park, *The Domains of Corporate Counsel in an Era of Compliance*, *op. cit.*, p. 211.

13 Cfr. R.C. Bird, S.K. Park, *Turning Corporate Compliance Into Competitive Advantage*, in *U. Penn. J. Bus. L.*, 2017, p. 212, che descrivono l'introduzione delle *Guidelines* come un «*watershed change in compliance regulation*».

14 Cfr. P.E. McGreal, *op. cit.*, p. 655.

15 Cfr. T. Haugh, *The Criminalization of Compliance*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2017, p. 1228, che evidenzia come «*Although the original version vaguely stated that effective compliance was key to reducing organizational culpability, later amendments set forth the specific "hallmarks" of an effective compliance and ethics program*».

16 Particolarmente quando i programmi di *compliance* erano dei semplici «*box checking*»: così K.D. Krawiec, *op. cit.*, p. 496. Cfr. J. Arlen, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, in *U. Miami L. Rev.*, pp. 344-358: «*the amount of mitigation provided to firms that self-report, cooperate, and accept responsibility is too small to induce firms to undertake these activities, especially when they are most valuable*».

17 Cfr. K.D. Krawiec, *op. cit.*, p. 502; T. Haugh, *The Criminalization of Compliance*, *op. cit.*, pp. 1231-1232; S. Gadinis, A. Miazad, *The Hidden Power of Compliance*, in *Minn. L. Rev.,* 2019, pp. 2152-2153.

18 Cfr. T. Haugh, *The Criminalization of Compliance*, *op. cit.*, p. 1233; S. Gadinis, A. Miazad, *op. cit.*, pp. 2153-2154.

19 Cfr. W.S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, *op. cit.*, p. 13.

una prima, penetrante regolazione pubblica fu assicurata dalla creazione di un insieme di norme e da un connesso sistema di controlli realizzato da specifiche *authority*[20]; successivamente un rinnovato impegno all'osservanza delle previsioni è stato ottenuto incentivando le *corporation* a rilevare internamente le possibili violazioni. L'abbandono di un esclusivo sistema di controllo pubblico esterno (anche se ancora operativo e, se possibile, rafforzato in alcuni settori economici)[21] sembra debba essere relazionato alla complessità raggiunta dalle organizzazioni economiche e, inoltre, dalla scala internazionale delle loro operazioni[22]. L'inevitabile delega di poteri all'interno delle *corporation*[23] ha richiesto l'adozione di un sistema parallelo di controlli interni in risposta alle condotte opportunistiche o sleali tenute degli agenti[24], o anche solo per prevenire l'irrazionalità di questi ultimi[25].

I benefici derivanti da quest'ultima evoluzione del modello normativo nordamericano sembrano rappresentare la ragione principale della sua vasta diffusione in molte altre nazioni negli anni più re-

20 Cfr. G.P. Miller, *Compliance in the Twenty-first Century: Brave New World?*, in *La* Corporate Compliance*: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017, pp. 132 e 146-150, che sottolinea criticamente come l'«*administrative model of regulation*» ha eroso il potere di *enforcement* giudiziale, perché «*legal norms governing complex organization are defined, adjudicated, and enforced by administrative agencies rather than courts*». Al tempo stesso, T. Haugh, *The Criminalization of Compliance*, *op. cit.*, p. 1220, evidenzia come «*These regulations, promulgated by government agencies with investigatory and enforcement power, can be considered quasi-criminal because they often form the basis of concurrent criminal and civil liability*».

21 Cfr. T.R. Tyler, *Psychology and deterrence of corporate crime*, in *Research handbook of corporate crime and financial misleading*, a cura di J. Arlen, Northampton, 2018, p. 35, in merito all'impatto del *Sarbanes-Oxley Act*. Cfr. anche T. Haugh, *The Criminalization of Compliance*, *op. cit.*, p. 1233, che sottolinea come «*compliance is becoming "a creature of federal criminal law"—it is becoming criminalized*».

22 Cfr. J. Braithwaite, *Regulatory Capitalism*, Cheltenham, 2008, p. 20, «*The regulatory state creates mega-corporations, but large corporations also enable regulatory states*»; G.P. Miller, *The law of governance, risk management, and compliance*, *op. cit.*, pp. 160-161. Cfr. S. Manacorda, *The 'Dilemma' of Criminal Compliance for Multinational Corporations in a Fragmented Legal World*, *working paper*, pp. 2-3, in merito al dibattito circa la necessità di ripensare il principio *societas delinquere non potest* e di disporre delle adeguate sanzioni per i crimini commessi dalle società multinazionali.

23 In merito ai costi connessi alla delega dei poteri cfr. i noti studi di M.C. Jensen, W.H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *J. Fin. Econ.*, p. 305 ss., e di E.F. Fama, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, in *J. Pol. Econ.*, 1980, p. 88 ss.

24 Cfr. R.H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, in *Yale L.J.*, 1984, p. 859, che sottolinea come «*The corporation typically bears the brunt of tort damages or criminal penalties arising out of the activities of its agents or employees*».

25 Per un'analisi dei molteplici aspetti dell'irrazionalità umana e del loro impatto in merito agli illeciti compiuti dalla società cfr. D.C. Langevoort, *Selling Hope, Selling Risk*, Oxford, 2016, pp. 35-40. Per una critica generale in merito all'infondatezza del modello dell'agente economico razionale cfr. D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, New York, 2011, *passim*.

centi, anche sulla scia dell'adozione di alcuni trattati internazionali negli anni Novanta[26], che hanno imposto una responsabilità diretta delle persone giuridiche per illeciti criminali[27]. In questo solco si muove anche il d.lgs. n. 231/2001, che ha superato lo storico principio *societas delinquere non potest* con l'introduzione della responsabilità amministrativa delle società e degli enti rispetto a specifici crimini perpetrati, anche all'estero, nel loro interesse o, comunque, commessi a loro beneficio da parte dei dirigenti, degli impiegati o dei loro rappresentanti. L'art. 6 del decreto dispone che la persona giuridica possa non essere sanzionata e andare esente dalle misure cautelari se la medesima prova di aver adottato e implementato efficacemente un modello di organizzazione e di gestione che sia ragionevolmente capace di prevenire la commissione dei crimini previsti, di modo che l'agente, per poter commettere il reato, debba essere costretto a eludere dolosamente il modello stesso. Ulteriori condizioni per ottenere i benefici previsti dalla normativa risiedono nel fatto che l'applicazione del modello di organizzazione e di gestione sia sottoposta a verifica da parte di un organismo deputato – dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo – il cui compito consiste anche nel mantenere costantemente aggiornato il documento[28].

---

26 In una prospettiva europea il riferimento va alla *Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests* del 26 luglio 1995, alla *Convention on the Fight against Corruption Involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union* del 26 maggio 1997 e alla *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* del 17 dicembre 1997.

27 Come rilevato da G.P. Miller, *An economic analysis of effective compliance programs*, in *Research handbook of corporate crime and financial misleading*, a cura di J. Arlen, Northampton, 2018, p. 256, «*an effective compliance program is the set of policies and procedures that a rational, profit-maximizing firm would establish if it faced an expected sanction equal to the social cost of violations*». Cfr. anche R.C. Bird, S.K. Park, *Turning Corporate Compliance Into Competitive Advantage*, *op. cit.*, pp. 297-304, per lo sviluppo di un simile modello di efficiente allocazione del rischio in funzione dell'investimento.

28 In Italia – al pari degli ordinamenti latinoamericani: cfr. G. Jorge, *Receiving "corporate compliance" in Latin America*, *working paper*, 2020, p. 3 – non esiste una prassi equivalente a quella scaturente dal *memorandum* rivolto dal *Deputy Attorney General* Eric Holder nel 1999 ai procuratori, nel quale si dettagliano i fattori che dovrebbero essere considerati per decidere se una società deve essere rietnuta responsabile per la condotta tenuta dai suoi dipendenti: cfr. J. Arlen, *op. cit.*, pp. 350-361; D. Vozza, *Voluntary vs Mandatory Compliance Programs*, *working paper*, 2020, p. 12. Si noti, inoltre, che i procuratori statunitensi impongono spesso dei *Deferred* o *Non-Prosecution Agreements* (DPA, NPA) alle società in merito all'applicazione delle pene; «*Prosecutors can impose specific duties on a subset of firms with alleged wrongdoing, and they enforce compliance with these duties through sanctions for a mere failure to comply with the duties, even if no substantive crime occurs*»: così J. Arlen, M. Kahan, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2016, p. 327; cfr. V. Khanna, T.L. Dickinson, *The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?*, in *Mich. L. Rev.*, 2007, pp. 1718-1720; T. Haugh, *The Criminalization of Compliance*, *op. cit.*, p. 1239, che sottolinea come «*most agreements contain provisions aimed at refining corporate pol-*

Il rispetto così preventivamente assicurato delle norme rilevanti da parte dei soggetti legati alla società rappresenta l'immediato vantaggio connesso all'adozione delle *policy* di *compliance*. In questa prospettiva, la predisposizione di un modello organizzativo e di una connessa funzione di controllo interno al fine di garantire l'irresponsabilità delle società per le condotte tenute dai propri loro impiegati e dirigenti[29] rappresenta l'incentivo rilevante per assicurare il rispetto delle norme, più che la minaccia delle sanzioni di per sé[30].

In un'ottica di economia comportamentale, l'approccio adottato dal legislatore statunitense con le *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, successivamente fatto proprio anche da altri legislatori nazionali, sembra rappresentare un'applicazione *ante litteram* della teoria del *nudging*[31]. Un riscontro a questa lettura si trae dall'analisi dell'applicazione della regola – comune alle normative statunitense e italiana e parimenti ampiamente criticata – secondo cui il fallimento a prevenire o a rilevare le condotte commesse dai dipendenti della persona giuridica non significa necessariamente che il modello organizzativo volto ad assicurare la *compliance* sia inefficace e che, pertanto, la società debba essere necessariamente sanzionata[32]. Nella prospettiva comportamentale, la possibilità di provare che la so-

icies and procedures, and improving employee training and monitoring». Questa rimedio assumibile ad esito della commissione del reato sembra minare l'effettività della *compliance* quale rimedio operante *ex ante*, dato che permette una contrattazione fra i procuratori e gli amministratori della società e in merito alle conseguenze delle violazioni delle leggi penali: cfr. P.J. Henning, *The Organizational Guidelines: R.I.P.?*, in *Yale L.J. Pocket*, 2007, p. 312; B.L. Garrett, *Too Big to Jail*, Cambridge, 2014, pp. 78-80; G. Rotolo, *Cognitive dynamics of compliance and models of self-regulation. In search of effectiveness in strategies of crime prevention*, *working paper*, pp. 13-14; D. Vozza, *op. ult. cit.*, pp. 13-14, per un'analisi della giurisprudenza britannica in merito al *Bribery Act* del 2010.

29 Cfr. W.S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, *op. cit.*, p. 7, per una considerazione negativa in merito al fallimento della disciplina in tema di responsabilità penale delle società quale conseguenza della deferenza della regolamentazione pubblica alla *business community*: «*criminal law is too often a matter of gaming both prosecutors and regulators with a mix of cooperation, disclosures, and audits*».

30 Anche considerando gli effetti negativi delle sanzioni secondarie, come la revoca delle licenze commerciali o la sospensione o il divieto di compiere operazioni economiche con una controparte pubblica: cfr. H.L. Brown, *op. cit.*, pp. 88-100, per alcuni esempi tratti dalla prassi nordamericana. La lettura è identica per la dottrina italiana: cfr. M.S. Spolidoro, *La funzione di* compliance *nel governo societario*, in *La Corporate Compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017, p. 197, nonché N. Rondinone, *La* compliance *nei gruppi di società*, in *op. ult. cit.*, pp. 220-221 e 250-259, in merito agli specifici doveri degli amministratori di una controllante di un gruppo di società.

31 Cfr. R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008, *passim*.

32 Una vasta letteratura denuncia l'applicazione «cosmetica» dei programmi di *compliance*: cfr. W.S. Laufer, *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, *op. cit.*, p. 1350; K.D. Krawiec, *op. cit.*, pp. 491-492; F. Centonze, *Public-Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives in Strategies to Combat Cor-*

cietà abbia adottato e implementato ragionevolmente il modello[33] e, quindi, di ottenere, quantomeno, una riduzione della responsabilità della persona giuridica, rappresenta, infatti, un forte incentivo per gli amministratori, i quali sono mossi dalla considerazione che la predisposizione di un'organizzazione orientata alla conformità legale sia una scommessa necessaria[34], anche in considerazione del loro proprio interesse. Conseguentemente, anche se l'applicazione del modello organizzativo non è prevista come obbligatoria dalla normativa in tema di *compliance*, l'adozione dello stesso risulta di fatto necessaria agli occhi degli amministratori, dato che su questi ultimi gravano l'obbligo di prevenire il prodursi dei danni a carico della società, nonché quello di agire nel miglior interesse della persona giuridica[35]. In altre parole, in caso di violazione delle norme penali da parte dei dipendenti della società e della conseguente responsabilità della persona giuridica, la mancanza di un modello di *compliance* potrebbe essere giudicato quale una violazione del dovere di amministrare secondo un livello medio di adeguatezza derivante dall'applicazione della *business judgment rule* (e non del dovere di supervisionare la gestione), dato che gli amministratori avrebbero fallito nel proteggere la società da rischi normalmente evitabili[36]. In questa

ruption, in *Preventing Corporate Corruption*, a cura di S. Manacorda, F. Centonze e G. Forti, Heidelberg, pp. 48-49; G. Rotolo, *op. cit.*, pp. 2-3.

33 Cfr. G.P. Miller, *An economic analysis of effective compliance programs*, *op. cit.*, pp. 254-255; D.C. Langevoort, *Caremark and Compliance: A Twenty-Year Lookback*, in *Temple L. Rev.*, 2018, p. 731: «*From a regulator's or enforcer's perspective, the goal of a compliance obligation is to cause corporations to invest in compliance up to the level where the preventive costs equal the social harm caused by the wrongdoing, not the harm to the corporation from being caught*».

34 Cfr. D.C. Langevoort, *Global Behavioral Compliance*, *working paper*, 2020, p. 3-4, che sottolinea come «*there is a great deal of mimetic behavior among firms, copying what others are doing to avoid being viewed as a laggard. This is partly due to the absence of solid performance metrics to assess compliance programs in terms of good or bad results, so that quality is inferred from other factors (e.g., budgets) that only indirectly address the likelihood of compliance success*». Cfr. anche H. Chen, E. Soltes, *Why Compliance Programs Fail and How to Fix Them*, in *Harv. Bus. Rev.*, 2018, p. 119, per una critica circa le misurazioni della *compliance*.

35 Cfr. i dati raccolti da Ponemon Institute, *The True Cost of Compliance*, gennaio 2011, p. 3: «*The extrapolated average cost of compliance for 46 organizations in our study is more than $3.5 million, with a range of $446,000 to over $16 million. Adjusting total cost by organizational headcount (size) yields a per capita compliance cost of $222 per employee. The extrapolated average cost of non-compliance for 46 organizations is nearly $9.4 million, with a range of $1.4 million to nearly $28 million. Adjusting total cost by organizational headcount (size) yields a per capita non-compliance cost of $820 per employee*».

36 Questa è la posizione assunta dalla corte in *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 970-971 (Del. Ch. 1996): cfr. G.P. Miller, *The law of governance, risk management, and compliance*, *op. cit.*, pp. 63-64. Per questa ragione la *business judgment rule* non dovrebbe essere considerata generalmente applicabile a questo obbligo degli amministratori, ma solo utile a determinare il livello del dettaglio

prospettiva la *compliance* si conferma essere un elemento essenziale del *risk management* e la sua previsione deve essere vista quale uno *standard*[37] per le organizzazioni economiche complesse[38].

3 I benefici indiretti

Il dovere dei *manager* di istituire un assetto di *compliance* utile per contenere i rischi legati a condotte opportunistiche o sleali da parte dei dipendenti della società, o anche solo derivanti da un loro comportamento irrazionale, non sembra debba essere legato unicamente ai benefici descritti nel precedente paragrafo. Pur predisponendo uno schermo legale nei confronti delle conseguenze negative della violazione di specifiche norme, un apparato che assicuri la conformità legale dell'agire sociale può produrre effetti positivi anche conseguenti al rispetto di altre norme, che proteggono interessi diversi, non specificatamente oggetto della *compliance*. In altre parole, se l'applicazione del modello di organizzativo può prevenire alla società il costo di una sanzione, quale conseguenza della violazione di interessi specificatamente protetti, si può facilmente rilevare come il medesimo modello possa allontanare anche il rischio le medesime condotte illecite possano far sorgere degli obblighi risarcitori ulteriori[39]. Un esempio può essere individuato nell'art. 25-*undecies* del d.lgs. n. 231/2001, che prevede delle sanzioni pecuniarie per la società o l'ente in caso di commissioni di reati ambientali: il rispetto di queste norme non solo permette di preservare un bene pubblico quale l'ambiente, ma può anche prevenire la società dall'obbligo

del modello di *compliance*. Cfr. H.L. Brown, *op. cit.*, op. 7-32, e D.C. Langevoort, *Cultures of compliance*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2017, p. 941, che denuncia come «*Caremark's* "just do something" *message invited a check-the-box mentality*». Cfr. anche G.P. Miller, *The law of governance, risk management, and compliance*, *op. cit.*, pp. 66-67; D.C. Langevoort, *Caremark and Compliance: A Twenty-Year Lookback*, *op. cit.*, p. 731; P.E. McGreal, *op. cit.*, pp. 673-677; S. Gadinis, A. Miazad, *op. cit.*, pp. 2157-2163, per un'analisi del ruolo della malafede come emergente in *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter*, 911 A.2d 362-364 (Del. Ch. 2006). Cfr. anche R.C. Bird, S.K. Park, *The Domains of Corporate Counsel in an Era of Compliance*, *op. cit.*, pp. 228-229, per un'analisi della responsabilità dei *Chief Legal Officer*.

37 Uno *standard* implica che l'obbligazione legale debba essere decisa caso per caso da un'autorità giudiziaria: cfr. L. Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke L.J.*, pp. 561-562.

38 Cfr. S. Gadinis, A. Miazad, *op. cit.*, pp. 2163-2164.

39 I rimedi civili sono previsti anche sulla base dei trattati internazionali: per esempio, la *Civil Law Convention on Corruption* del 1999 obbliga gli Stati aderenti a disporre che le vittime di corruzione abbiano la possibilità di ottenere un risarcimento giudiziale: cfr. S. Manacorda, *Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a "Hybrid Normativity"*, in *Preventing Corporate Corruption*, a cura di S. Manacorda, F. Centonze e G. Forti, Heidelberg, 2016, p. 14.

di risarcire le persone che potrebbero essere danneggiate dall'ipotetica condotta inquinante.

In questa prospettiva la *compliance* non dovrebbe essere vista unicamente come lo strumento principale per prevenire il compimento di condotte illecite, ma anche come una forma di organizzazione la cui adozione è di fatto obbligatoria per lo svolgimento di attività economiche (in particolare, quelle complesse) al fine di contenere il rischio di generare dei danni. Questo aspetto è particolarmente rilevante quando una singola condotta può produrre dei danni seriali e una società può, quindi, essere esposta al rischio di un risarcimento massivo[40]. La possibilità di instaurare delle azioni di classe sembra costituire, in particolare, un incentivo per le *corporation* nordamericane – ma anche per quelle degli altri sistemi di *common law* che prevedono analoghi rimedi giudiziali – ad assumere dei modelli di *governance* che assicurino la conformità con regole che non possono essere violate senza il rischio di generare un risarcimento plurimo[41], come avviene rispetto a molte norme penali[42]. L'osservazione delle società operanti nei mercati finanziari può fornire alcuni esempi significativi. Crimini come le falsi informazioni in prospetto o il falso in bilancio possono provocare dei danni agli investitori e ai creditori della società, che potrebbero mettere a rischio anche la solidità economica di quest'ultima quando la stessa sia richiesta di risarcire il nocumento arrecato (o, eventualmente, anche la solidità del mercato a causa dei negativi effetti a cascata sulle altre emittenti). In ultima analisi, i programmi di *compliance* possono essere visti come uno strumento necessario ad assicurare la stabilità[43] finan-

40 Cfr. D.C. Langevoort, *Selling Hope, Selling Risk*, *op. cit.*, pp. 48-53, per un'analisi critica degli effetti negativi delle *class action* in merito alle frodi societarie nell'esperienza statunitense.

41 Cfr. B.L. Garrett, *Individual and corporate criminals*, in *Research handbook of corporate crime and financial misleading*, a cura di J. Arlen, Northampton, 2018, p. 137-140: «*There is no official information about how nay companies face parallel civil litigation while being prosecuted. I collected data on the 255 companies that received deferred prosecution or non-prosecution agreements from 2001 to 2012 and whether they faced civil suits, finding such suits against 36 percent or 93 of the 255 companies. While not all civil settlements may be public, I identified $6.1 billion in civil settlements in those cases, far more than the 4 billion in criminal fines imposed by federal prosecutors.* [...] *Some of the biggest civil suits filed against companies facing prosecution were class action suits. At least 35 of the 255 deferred prosecution agreements studied had parallel class actions*». Cfr. anche K.D. Krawiec, *op. cit.*, pp. 504-505, in merito all'importanza delle strutture di *compliance* interne per dimostrare la buona fede quale difesa rispetto al rischio alla condanna per «*punitive damages*».

42 Un esempio è il caso *Caremark*: cfr. H.L. Brown, *op. cit.*, pp. 102-103. In merito ai rischi di dare vita a una dichiarazione fuorviante o a un'omissione rilevante ai sensi della *Rule* 10b-5 e, quindi, di fronteggiare una conseguente *class action* per informazione ingannevole, cfr. S. Gadinis, A. Miazad, *op. cit.*, pp. 2180-2185.

43 Cfr. F. Centonze, *The imperfect science: structural limits of corporate compliance and co-regulation*, working paper, 2020, 2.

ziaria[44], come testimoniano le molte specifiche previsioni, anche di origine sovranazionale, riguardanti la *corporate governance* in specifici settori economici come le banche, le assicurazioni, o altri intermediari finanziari[45].

Queste considerazioni non sembrano essere necessariamente scalfite dal fatto che, nella pratica, la maggior parte delle *class action* sono oggetto di accordi transattivi, che normalmente riducono l'esposizione risarcitoria della società anche in maniera considerevole[46]. Il rischio di perdite economiche, nonché la conseguente responsabilità degli amministratori per non averle sapute evitare[47], potrebbero costituire, infatti, un forte incentivo per una massiccia adozione dei modelli di *compliance* anche per quelle società aventi sede negli ordinamenti nazionali – particolarmente quelli di *civil law* – che hanno recentemente adottato questo rimedio giudiziale per il risarcimento dei danni seriali[48]. In questa prospettiva, la legislazione italiana potrebbe costituire un interessante campo di ricerca nel prossimo futuro. A mezzo della l. n. 31/2019 il legislatore nazionale ha profondamente rinnovato la legge sull'azione di classe introdotta nel 2006 e le nuove previsioni entreranno in vigore nel novembre 2020 a seguito del rinvio contenuto nell'art. 8, comma 5, del c.d. decreto Milleproroghe, (d.l. n. 162/2019, convertito in l. n. 8/2020). La procedura ini-

44 In questo modo i programmi di *compliance* possono indirettamente ridurre le asimmetrie informative e indurre una migliore valutazione della società, impedendo agli investitori di acquistare dei «*lemons*»: per una analisi dei problemi cognitivi cfr. il noto studio di G.A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Q.J. Econ.*, 1970, p. 488.

45 Cfr. J.D. Cox, *Private Litigation and the Deterrence of Corporate Misconduct*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1997, p. 18, in merito a «*the costs and benefits of publicizing the discovered misconducts there the benefits would be signalling and the costs would possibly be attracting a claim by a third party*».

46 Secondo la *Stanford Law School Securities Class Action Clearinghouse*, su 5.838 azioni intraprese dal 1996 ad oggi negli Stati Uniti d'America, 2.555 sono state oggetto di transazione, con concessioni per un controvalore complessivo superiore a 104 miliardi di dollari. È interessante notare che c'è una significativa ripresa delle *class action* nel corso degli ultimi tre anni, con più di 400 cause iniziate all'anno.

47 Cfr. B.L. Garrett, *Too Big to Jail*, *op. cit.*, p. 54, che sottolinea l'importanza dei rimedi civili contro gli individui quando i rimedi penali non sono applicabili, anche se la paura degli amministratori di essere condannati è ridotta dalla copertura assicurativa normalmente concessa dalle società: cfr. T. Baker, S.J. Griffith, *Ensuring Corporate Misconduct*, Chicago, 2011, *passim*, e, in precedenza, R.H. Kraakman, *op. cit.*, p. 859. Un'analisi critica merito agli effetti delle coperture assicurative a favore degli amministratori è contenuta in J.D. Cox, *op. cit.*, pp. 23-37.

48 Cfr. G.P. Miller, *The compliance function: an overview*, *op. cit.*, p. 11. Come notato da T. Haugh, *The Criminalization of Compliance*, *op. cit.*, p. 1221: «*In addition, compliance programs attempt to prevent employee violations of tort-based statutes and regulations concerning workplace harassment and discrimination, occupational health, privacy, environmental protection, and healthcare. These claims are raised through traditional private litigation and can expose companies to significant financial penalties and litigation costs*».

zialmente prevista solo per i danni sofferti da consumatori sarà così estesa a tutti i nocumenti riguardanti dei diritti individuali omogenei arrecati da imprese pubbliche o private (art. 840-*bis*, commi 1 e 3, c.p.c.). Differentemente da altri ordinamenti che prevedono il c.d. «*opt-out*», la novella permetterà ai danneggiati di aderire non solamente durante il giudizio (art. 840-*quinquies*, comma 1, c.p.c.), ma anche dopo che la corte ha deciso il caso pronunciando una sentenza definitiva (art. 840-*sexies*, comma 1, lett. *e*, c.p.c.). Sebbene la nuova legge disponga che anche in caso di accordo transattivo le parti escluse possano continuare il giudizio o iniziare una nuova azione collettiva (art. 840-*bis*, comma 6), sembra prevedibile che questo meccanismo di adesione obbligherà il convenuto a raggiungere rapidamente un accordo transattivo, al fine di contenere il rischio di soffrire delle perdite maggiori. In questo scenario un rafforzamento dei controlli interni e, in particolare, l'adozione di un programma di *compliance*[49] potrebbero rappresentare una soluzione ottimale per contenere il rischio della società di subire delle azioni di classe dirompenti, come conseguenza delle condotte illecite tenute dai dai loro dirigenti o dipendenti. Se questa ipotesi verrà confermata, la novella potrebbe, dunque, testimoniare la tendenza apparente della *compliance* a rappresentare una risposta più ampia rispetto a quella della sola prevenzione a determinati reati, per i quali quale è stata inizialmente introdotta[50].

Oltre a proteggere le società dall'obbligo di risarcire le obbligazioni nascenti da un provvedimento giudiziale in favore delle vittime dei crimini commessi dei loro dipendenti, la *compliance* può essere utile anche a dotare le persone giuridiche di un apparato di controllo utile a verificare l'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali. Da questo punto di vista, l'applicazione di modelli organizzativi interni non è solo una questione in merito al limitare la responsabilità nei confronti degli *stakeholder* come i clienti e i creditori, ma è anche un modo per preservare la fiducia di questi ultimi rispetto all'attività economica[51] ed anche rispetto al valore attuale e

49 Cfr. M. Adan Nieto, *Compliance programs: from the management of legality to the management of legitimacy*, working paper, 2020, pp. 12-13, rito alla proposta di collegare il responsabile della *compliance* agli amministratori eletti da *stakeholder* esterni, al fine di rinforzare la legittimazione pubblica della società.

50 Cfr. M. Giorgino, L. Pozza, Compliance *e rischi aziendali*, in *La Corporate Compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017, pp. 121-124.

51 Il boicottaggio da parte dei sindacati, delle ONG o delle controparti contrattuali potrebbe costituire un ulteriore forma di «*private enforcement*» quando un reato societario viene scoperto: cfr. sul punto K.E. Davis, *Multijurisdictional enforcement game: the case of anti-bribery law*, in *Research handbook of corporate crime and financial misleading*, a cura di J. Arlen, Northampton, 2018, p. 155.

futuro degli investitori[52].

Una prova convincente di quali siano gli effetti diretti e indiretti della *compliance* sembra possa tenersi osservando il famoso caso «*Dieselgate*», che ha riguardato il gruppo automobilistico Volkswagen[53]. Gli effetti negativi relativi alla mancanza di un efficiente sistema di controllo che potesse impedire il compimento della frode in merito al reale inquinamento prodotto dalle autovetture sembra costituire una sorta di drammatico *memento* di che cosa un efficiente programma di conformità dovrebbe essere in grado di prevenire a una società[54]. Dopo che il consiglio di sorveglianza della *holding* dovette ammettere la frode a seguito dei risultati delle investigazioni condotte dalla *Environmental Protection Agency* statunitense nel settembre 2015, la controllata nordamericana e altre società del gruppo furono sanzionate pesantemente dalle autorità nazionali per violazione delle leggi locali contro l'inquinamento. A ciò si aggiunga che le stesse società sono poi state obbligate a offrire ai loro clienti dei programmi di manutenzione straordinaria dei veicoli o il risarcimento dei danni provocati, anche quale risposta parziale alle molte azioni collettive che sono state iniziate in differenti nazioni. Le perdite dirette di miliardi di euro così sofferte dal gruppo Volkswagen rappresenta solo una porzione dell'effetto dello scandalo[55], probabilmente non la più importante. La frode ha infatti provocato una perdita di fiducia dei clienti e, conseguentemente degli investitori[56], che si è immediatamente riflessa sul prezzo degli strumenti finanziari emessi

52 L'indagine condotta da Ponemon Institute, *op. cit.*, p. 3, ha evidenziato che: «*Business disruption and productivity losses are the most expensive consequences of non-compliance. The least expensive consequences are fines, penalties and other settlement costs*».

53 Il caso *Volkswagen* è diventato famoso anche perché la società ha ammesso che uno dei suoi consiglieri forniva suggerimenti agli impiegati di distruggere documenti rilevanti; la società è stata quindi condannata a pagare 2,8 miliardi di dollari in sanzioni come conseguenza di un accordo giudiziale di applicazione della pena: cfr. S. Gadinis, A. Miazad, *op. cit.*, pp. 2142 e 2189.

54 Come evidenziato da U. Tombari, *Governo societario,* compliance *e "indagini interne" nella s.p.a. quotata*, in *La* Corporate Compliance*: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017, pp. 268-270 differentemente da altri Stati europei, la dottrina tedesca è da tempo maggiormente consapevole dell'importanza della *compliance*, dato che molti scandali hanno coinvolto nel passato grandi società aventi sede in Germania (Siemens, MAN, Deutsche Telekom, Daimler, Linde Ferrostaal, HSH Nordbank).

55 Il possibile effetto negativo legato all'irrogazione di pesanti sanzioni sulla società e sui suoi *stakeholder* era già evidenziato da R.H. Kraakman, *op. cit.*, p. 857.

56 L'impatto dei differenti tipi di frode sulle aspettative de dei portatori di interessi esterni è analizzato da C.R. Alexander, J. Arlen, *Does conviction matter? The reputational and collateral effects of corporate crime*, in *Research handbook of corporate crime and financial misleading*, a cura di J. Arlen, Northampton, 2018, pp. 98-107.

dalla *holding* tedesca[57]. In un solo mese le azioni hanno sofferto una perdita di più di un terzo del loro prezzo di scambio precedente allo scandalo e il valore iniziale è stato recuperato solo dopo due anni[58] eu na caduta simile è stata sofferta anche dal prezzo delle obbligazioni[59]. Questi andamenti borsistici sembrano testimoniare come profonda fosse la perdita di fiducia non solo da parte degli investitori in capitale di rischio in merito alla profittabilità dell'attività economica, ma anche da parte dei creditori in merito alla solvibilità dell'emittente. In questa prospettiva una riduzione dei rischi di impresa legata alla protezione offerta dalla *compliance* non può che significare anche una concreta diminuzione del costo del finanziamento, a mezzo del calo del tasso di ritorno atteso dagli investitori esterni[60].

L'importanza di preservare la fiducia su questi aspetti è stata specificatamente sottolineata dal Parlamento Europeo[61], emanato la direttiva 2014/95/EU fine di aggiornare la precedente direttiva 2013/34/EU, in merito alla diffusione di informazioni non finanziarie da parte delle società di maggiore dimensione e dei gruppi. Favorendo un approccio di investimento di lungo termine, la nuova direttiva ha imposto alle società di maggiore dimensione di includere nella loro relazione sulla gestione «una dichiarazione di carattere non finanziario contenente almeno informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva in misura necessaria alla comprensione dell'andamento dell'impresa, dei suoi risultati, della sua situazione e dell'impatto della sua attività». Questa dichiarazione deve includere,

57 Questa non è necessariamente una questione in merito alla «*moral legitimacy*» del gruppo automobilistico, ma piuttosto all'importanza della sua «*societal acceptance*» che non può essere sottostimata: cfr. G. Palazzo, A.G. Scherer, *Corporate Legitimacy as Deliberation: A Communicative Framework*, in *J. Bus. Ethics*, 2006, p. 78.

58 Da più di 167 euro rilevati l'11 settembre 2015, dieci giorni prima dell'ammissione della frode, a meno di 107 euro risultanti il 9 ottobre 2015.

59 Per esempio, un'emissione scadente il 2030 ha perso più di un quinto del suo prezzo di mercato nel medesimo periodo, valendo un quarto sotto la parità.

60 Cfr. S.C. Choi, A.C. Pritchard, *Securities Law Enforcers*, in *Research handbook of corporate crime and financial misleading*, a cura di J. Arlen, Northampton, 2018, pp. 220-222, per una discussione in merito agli ulteriori effetti indotti dai crimini societari rispetto alle reazioni di prezzi di borsa. Cfr. anche J. van Erp, *Naming and shaming in regulatory enforcement*, in *Explaining Compliance*, a cura di C. Parker and V.L. Nielsen, Northampton, 2011, pp. 327-332, in merito alle reazioni dei consumatori e dei soci conseguenti alla pubblicazione delle sanzioni.

61 Cfr. la risoluzione del Parlamento Europeo del 6 febbraio 2013, *Corporate Social Responsibility: accountable, transparent and responsible business behaviour and sustainable growth* and *Corporate Social Responsibility: promoting society's interests and a route to sustainable and inclusive recovery*, con cui l'organo comunitario ha riconosciuto l'importanza di fornire informazioni sulla sostenibilità sui fattori sociali e ambientali, con una prospettiva di identificare i rischi della sostenibilità e incrementare la fiducia degli investitori e dei consumatori.

fra l'altro, la descrizione delle *policy* seguite dall'impresa in relazione ai precedenti argomenti, nonché in merito ai processi di *due diligence* realizzati, e deve riportare i risultati di questi processi, anche in forma di indicatori delle *performance* ottenute[62].

4 Gli effetti negativi

Pur risultando *la corporate compliance* una soluzione necessaria ai problemi che nascono dalla delega dei poteri in un'organizzazione complessa, in quanto strumento utile a contenere i rischi e ad assicurare dei vantaggi nel caso le norme siano violate (quali, ad esempio, la riduzione delle sanzioni o della responsabilità degli amministratori), non di meno appare evidente che l'imposizione di un intenso controllo di legalità sull'operato della società dia vita anche a dei notevoli costi[63].

Quelli più immediati sono legati alla stessa creazione di un apparato di controllo e alla sua implementazione giornaliera all'interno dell'attività economica[64]. Ciò normalmente significa investire, anzitutto, in una valutazione preliminare del rischio legale, anche attraverso una *due diligence* esterna, al fine di tracciare le politiche e disegnare le specifiche procedure[65]. Il rispetto di queste ultime deve poi essere assicurato assegnando, ed eventualmente assumendo, degli impiegati e dei dirigenti con specifiche funzioni di monitoraggio[66], ma anche fornendo loro una struttura informatica dedicata per con-

62 Un'analisi, anche delle due *EU Commission's Guidelines on non-financial information* (2017/C215/01 and 2019/C209/01), cfr. M. Rescigno, *Stakeholders interests and compliance, working paper*, 2020, pp. 11-14.

63 I costi sono sostenuti ovviamente dei soci, anche se i programmi di *compliance* sono imposti dai regolatori: cfr. sul punto le considerazioni di S.J. Griffith, *op. cit.*, pp. 2121-2128; S. Gadinis, A. Miazad, *op. cit.*, pp. 2147-2148.

64 Cfr. T. Haugh, *The Power Few of Corporate Compliance*, in *Ga. L. Rev.*, 2018, p. 13. Questi costi sembrano indirettamente connesse alle dimensioni dell'attività economica, come suggerito dall'indagine condotta sugli *hedge funds* da KPMG International, *The cost of compliance*, KPMG/AIMA/MFA Global Hedge Fund Survey 2013. Cfr. anche i dati riportati da G.P. Miller, *The law of governance, risk management, and compliance*, *op. cit.*, p. 196, in merito alla «*compliance industry*».

65 Cfr. R.C. Bird, S.K. Park, *The Domains of Corporate Counsel in an Era of Compliance*, *op. cit.*, p. 214.

66 Cfr. K.D. Krawiec, *op. cit.*, pp. 492-496; D.C. Langevoort, *Cultures of compliance*, *op. cit.*, pp. 939-940. Cfr. S. Gadinis, A. Miazad, *op. cit.*, p. 2138, che affermano come «*Compliance departments in most public companies today engage hundreds of employees on average, and retain thousands of staff in highly regulated industries such as finance. With expanding firepower at their disposal, the heads of legal and compliance departments find themselves in an increasingly elevated position within the corporate hierarchy, having gained a seat among top managers and a direct reporting avenue to the board*».

trollare la legalità dei flussi di lavoro[67] (sia al fine di esaminare le decisioni prese dai vertici, sia al fine di prevenire la commissione di reati all'interno della società)[68]. A ciò si aggiunga che la società deve investire in programmi di formazione continui dei propri dipendenti[69] al fine di mantenere un alto livello di rispetto delle regole ed anche per stimolare la crescita di una cultura interna della *compliance*[70]. Occorre considerare, inoltre, che l'efficacia della funzione di conformità potrebbe dover essere validata[71] da un esaminatore esterno[72]. Infine, deve essere considerato che la *compliance* spesso risulta non ristretta solo a un piano di organizzazione interna, dato che l'operare della società può coinvolgere anche specifici terzi, quali società controllate, fornitori, ecc.: ciò può comportare, quindi, un significativo incremento dei costi, dato che, in questi casi, il costante monitoraggio e l'educazione continua alla conformità debbono essere applicati anche a questi soggetti esterni[73].

---

67 Cfr. R.C. Bird, S.K. Park, *Turning Corporate Compliance Into Competitive Advantage*, *op. cit.*, p. 293, che sottolineano come anche questi sistemi siano utili al fine di «*deliver necessary data to regulators and auditors*».

68 Cfr. J.H. Walsh, *Compliance in the Age of Connectivity*, in *Rutgers U.L. Rev.*, 2017, p. 540, in merito all'uso negli anni settanta dei dati automatica elaborati in merito all'attività delle imprese da parte dalla commissione di indagine costituita dalla SEC. In merito alla diffusione di un «*preventive risk management*» le difficoltà di applicare l'intelligenza artificiale alle operazioni societarie, cfr. M. Mozzarelli, *Digital compliance: the case for algorithm opaqueness*, working paper, 2020, p. 14. Cfr. anche D.C. Langevoort, *Global Behavioral Compliance*, *op. cit.*, pp. 12-13, in merito alla necessità di adottare delle metriche per misurare il livello di conformità.

69 Cfr. D.C. Langevoort, *Global Behavioral Compliance*, *op. cit.*, pp. 6-8, per una critica in merito all'efficacia di «*high-level compliance exhortations*»; cfr. anche M.S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 182-183; F. Centonze, *The imperfect science: structural limits of corporate compliance and co-regulation*, *op. cit.*, p. 9.

70 «*A company's code of conduct is usually considered the "cornerstone" of a compliance program and is widely disseminated to employees*»: così T. Haugh, *The Power Few of Corporate Compliance*, *op. cit.*, p. 13. Cfr. T.R. Tyler, *Psychology and deterrence of corporate crime*, *op. cit.*, pp. 32-33, argomentando il rischio di perdita di motivazione da parte degli impiegati nel lungo periodo.

71 Lo sviluppo di procedure interne, *policy* e controlli, la designazione di un *compliance officer*, un continuo programma di addestramento dei dipendenti e una funzione *audit* indipendente sono i quattro pilastri comuni a molti programmi di *compliance*. Questi elementi furono previsti inizialmente dai programmi antiriciclaggio imposti dal *Bank Secrecy Act* del 1970: cfr. G.P. Miller, *An economic analysis of effective compliance programs*, *op. cit.*, p. 249.

72 Cfr. R.C. Bird, S.K. Park, *The Domains of Corporate Counsel in an Era of Compliance*, *op. cit.*, p. 215. La necessità di individuare dei *benchmark* comuni per la misurazione della conformità è una delle ragioni della omogeneizzazione dei modelli di conformità adottati dalle società secondo T. Haugh, *The Power Few of Corporate Compliance*, *op. cit.*, pp. 18-19.

73 In merito al bilanciamento dei costi e dei benefici, considerando, in particolare, l'entità delle sanzioni e la probabilità del rilevamento degli illeciti, cfr. G.P. Miller, *An economic analysis of effective compliance programs*, *op. cit.*, pp. 256-259; nella dottrina italiana, particolarmente in un'ottica anticoncorrenziale europea, cfr. F. Ghezzi, *Anti-*

Anche se «*A frequent concern expressed by many business executives is the cost of risk management, compliance processes, and control activities in comparison to the value gained*» – come riportato nell'*Executive Summary* dell'aggiornamento del 2017 al *Enterprise Risk Management - Integrated Framework* redatto dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO) – in ogni caso, questi oneri materiali, anche se ingenti, non sembrano necessariamente rappresentare gli unici costi discendenti dall'applicazione delle procedure di conformità. Probabilmente altri rilevanti effetti negativi impattano sull'attività economica, sebbene questi non siano così facilmente rintracciabili come le spese necessarie a implementare un sistema di regole e procedure interne per assicurare il rispetto della legge[74]. Come evidenziato in precedenza, la *compliance* è uno strumento obbligatorio all'interno delle organizzazioni dove la delega dei poteri risulta essere una stretta necessità: operando come uno scudo per il mandatario contro i comportamenti illeciti opportunistici degli agenti, o semplicemente quale contenimento della loro irrazionalità, la verifica della legalità è diventata, quindi, uno dei pilastri dei controlli interni delle società, assieme con l'*internal audit* e il *risk management*. In ogni caso, questa architettura multilivello dei controlli ha reso le organizzazioni economiche più complesse. L'esecuzione di questi controlli, particolarmente di quelli legati alla conformità legale, conduce, infatti, il *management* ad essere più "cauto"[75]. In alcuni casi, l'incompatibilità con le leggi e le regole potrebbe comportare un'immediato blocco dell'operazione, che potrebbe causare la perdita o, comunque, una riduzione dell'attività economica. In altri casi, la *compliance* potrebbe imporre una riduzione della velocità di reazione del *management*, che potrebbe riflettersi sulla capacità della società di cogliere le opportunità di affari[76].

Per cogliere i molti aspetti negativi che la *compliance* può avere sull'attività economica, uno degli esempi più significativi è rappre-

trust Compliance Programs, in *La* Corporate Compliance*: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017, pp. 321-322 e 325.

74 Questo aspetto è sottolineato anche dal Office of Management & Budget, Executive Office of The President, *Draft 2015 Report to Congress on The Benefits and Costs of Federal Regulations and Agency Compliance with the Unfunded Mandates Reform Act*, 16 ottobre 2015, p. 7: «*Some regulations have significant non-quantified or non-monetized benefits (such as protection of privacy, human dignity, and equity) and costs (such as opportunity costs associated with reduction in product choices or product bans) that are relevant under governing statutes and that may serve as a key factor in an agency's decision to promulgate a particular rule*».

75 L'avversione al rischio degli amministratori è individuata quale un costo della *compliance* da R.H. Kraakman, *op. cit.*, p. 887.

76 Cfr. D.C. Langevoort, *Cultures of compliance*, *op. cit.*, p. 936, il quale evidenzia una connessione tra l'innovazione e il rischio di violare le norme rilevanti, al punto che «*A healthy-seeming celebration of creativity can also be a compliance danger sign*».

sentato dalle sanzioni che possono essere applicate dallo U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control (OFAC) in applicazione delle *Iranian Transactions and Sanctions Regulations* (ITSR), adottate dopo che il governo statunitense ha deciso di ritirarsi dal Joint *Comprehensive Plan of Action* (JCPOA) nel 2018. L'embargo così imposto produce i suoi effetti non solo nei confronti delle «*U.S. persons*» – che, in generale, sono pesantemente sanzionate se, anche indirettamente, hanno rapporti commerciali con controparti iraniane – ma anche nei confronti delle imprese non nordamericane. Infatti, i c.d. «*foreign sanctions evaders*» sono esposti a delle pesanti ritorsioni economiche, quali l'imposizione di restrizioni alle importazioni di beni prodotti negli Stati Uniti, oppure le esportazioni di prodotti statunitensi nelle loro relazioni d'origine, o, ancora, il divieto di utilizzare i dollari come moneta di pagamento. Anche se gli effetti transnazionali di queste sanzioni sono fortemente controversi ed hanno anche una dimensione politica internazionale (per esempio, la Commissione Europea – che non ha condiviso la decisione presidenziale americana – ha adottato il Regolamento n. 2018/1100 per proteggere le imprese comunitarie dagli effetti delle sanzioni), è abbastanza evidente che il rispetto delle restrizioni commerciali costituirà per le società statunitensi il semplice rispetto di una legge nazionale, ma per le imprese del resto del mondo ciò costituirà una decisione gestionale, che probabilmente si tradurrà in una riduzione delle opportunità d'affari sul mercato iraniano[77].

L'impatto di questi costi non sembra affatto eccezionale come il precedente esempio potrebbe indurre a pensare. Il *trend* della *corporate compliance* è, infatti, quello di espandere i controlli della legalità oltre l'area propria della prevenzione rispetto ad atti criminali. In questa prospettiva, lo sviluppo di una cultura della *compliance* sta assumendo un ruolo centrale nella *governance* di molte società operanti in specifici settori economici[78]. Questo andamento porta ad una proliferazione di costi materiali, ma, come detto, potrebbe riflettersi anche in una riduzione delle opportunità d'affari. Le *Joint Guidelines on the Prudential Assessment of Acquisitions and Increases of Qualifying Holdings in the Financial Sector* adottate dalle European Supervisor Authorities nel 2016 (ESAs, *i.e.* EBA, ESMA and EIOPA) sembrano offrire una prova di questo impatto negativo. Al fine di verificare se un potenziale acquirente di una partecipazione

77 Cfr. D.C. Langevoort, *Global Behavioral Compliance*, *op. cit.*, pp. 17-19, per un'analisi dell'impatto della *compliance* comportamentale in una prospettiva globale, in particolare alla luce dell'esperienza legata al *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977.

78 Per un'analisi dell'approccio nei confronti della *compliance* adottato dalle autorità italiane, cfr. L. Torchia, *La* Compliance *e i rapporti con l'autorità di controllo*, in *La* Corporate Compliance: *una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017, pp. 156-165.

qualificata nel settore finanziario sia adatto a tale ruolo, le *Guidelines* impongono di verificare la sua reputazione. L'indagine non deve coprire solo l'integrità dell'aspirante aquirente, ma anche la sua competenza professionale. Questi è richiesto, inoltre, di assicurare un'effettiva *compliance* da parte della partecipata, grazie alla scelta degli amministratori e del mantenimento di un controllo sugli stessi in merito all'applicazione delle specifiche norme regolanti l'attività delle banche, delle assicurazioni e delle altre istituzioni finanziarie. Questa forma di coinvolgimento attribuisce, dunque, al socio un ruolo di sostanziale guardiano del buon governo della società e ciò potrebbe esporlo a responsabilità per i danni che dovessero derivare dalla violazione di questo compito. Anche se queste qualità debbono essere valutate alla luce delle dimensioni della partecipazione che il compratore intende acquisire, nonché alla luce del suo effettivo coinvolgimento nella gestione o dell'influenza che lo stesso intende esercitare sull'impresa, sembra comunque evidente che questo requisito riduca fortemente l'attrattività degli investimenti nel settore finanziario da parte delle persone fisiche. Solo gli investitori che abbiano maturato una forte esperienza nel campo (ed anche un'adeguata cultura della *compliance*)[79], possono avere, infatti, l'ambizione di prendere il controllo o esercitare la direzione sugli amministratori, anche al fine di stimolare l'amministrazione a essere conforme alle norme rilevanti. In ogni caso questa qualità non appare facilmente trasmissibile agli eredi. Questi fattori sembrano, quindi, condurre a una riduzione del numero di possibili investitori nel settore finanziario. Probabilmente in futuro le istituzioni pubbliche o private, non riferibili a specifici individui, finiranno per essere i principali possessori di partecipazioni rilevanti nelle istituzioni finanziarie europee, perché essi non sono tenuti ad affrontare il problema di garantire una continuità di queste qualità[80].

79 Questa forma di coinvolgimento – che può essere largamente influenzata dalla cultura locale: cfr. D.C. Langevoort, *Selling Hope, Selling Risk*, *op. cit.*, pp. 41-42 – potrebbe attribuire loro un ruolo di «*gatekeepers*» del buon governo societario e renderli responsabili per le perdite che possono conseguire al mancato compimento dei relativi obblighi.

80 Un esempio significativo dell'applicazione della disciplina sembra essere rappresentato dalla recente caso Del Vecchio-Mediobanca. La richiesta del 29 maggio 2020 da parte del principale azionista di Mediobanca S.p.a. di incrementare la sua partecipazione del 20% attraverso la sua *holding* lussemburghese e, quindi, di divenire il più influente investitore nella società, ha portato a un'autorizzazione da parte della Banca Centrale Europea piuttosto singolare. L'incremento alla partecipazione in una delle principali banche d'affari italiane, non preoccupava, difatti, l'autorità europea in merito alla capacità finanziaria di Del Vecchio, bensì sulla sua abilità di mantenere nel tempo un buon governo dell'istituzione quale investitore attivo: per questa ragione l'autorizzazione è stata concessa, e ancor prima richiesta, dallo stesso Del Vecchio non per permettere l'esercizio di un controllo su Mediobanca, neppure di fatto, ma solo per realizzare un semplice investimento.

5 Alcune evidenze conclusive alla luce della crisi indotta dal Coronavirus

Bilanciare i costi e i benefici al fine di assumere la decisione di adottare e modellare un apparato di *compliance* non è una semplice decisione per gli amministratori della società. Come notato da Miller[81], molteplici fattori devono essere considerati quali, ad esempio, la probabilità che le condotte illecite siano rilevate o il possibile ammontare delle sanzioni conseguenti. Come suggerito in precedenza, anche altri fattori indiretti dovrebbero verosimilmente essere valutati, considerando anche che l'attuazione della conformità legale è un momento fondamentale della funzione del *risk management*.

Una prova di queste difficoltà sembra essere offerta, da ultimo, dalla attuale crisi sanitaria. La diffusione della malattia ha comportato, infatti, che molte nazioni abbiano adottato delle leggi emergenziali al fine di contenerne l'espansione; dopo un primo periodo di chiusura di numerose attività economiche, le misure imposte per la riapertura delle stesse – particolarmente per quelle operanti con il pubblico[82], o che richiedono l'effettiva presenza dei dipendenti coinvolti nella produzione[83] – sembra aver fornito una drammatica evidenza delle difficoltà di soppesare i costi e i benefici connessi alla conformità a queste nuove regole. Da una parte, rispettare gli *standard* sanitari ha permesso, infatti, di continuare a gestire le attività economiche garantendo la sostanziale irresponsabilità per una diffusione accidentale della malattia; dall'altra, la richiesta applicazione delle regole ha forzato molte imprese a rimanere chiuse, anche perché la loro riorganizzazione le ha rese non convenienti[84]. In questa prospettiva i costi non sembrano essere solo quelli necessari a continuare l'attività economica (come l'adozione di protezioni per il personale, barriere, misure di distanziamento, ecc.), ma anche quelli

81 Cfr. G.P. Miller, *An economic analysis of effective compliance programs*, *op. cit.*, pp. 256-259.

82 Cfr. N. Fernandes, *Economic Effects of Coronavirus Outbreak (COVID-19) on the world economy*, working paper, 2020.

83 Come evidenziato da ECB, *Economic Bulletin*, n. 3, 14 maggio 2020, «*The collapse in activity is initially the strongest for services, particularly those related to travel and recreational activities. This has already been indicated by some of the available survey evidence. However, the lockdown measures and the ensuing supply bottlenecks reduce production dramatically, also across large segments of the industry. Overall, the containment measures are assumed to cause a relatively larger loss of value added in retail trade, transport, accommodation and food service activities compared to manufacturing, construction and other sectors*».

84 Cfr. COVID-19 Consumer Law Research Group, *Consumer Law and Policy Relating to Change of Circumstances Due to the COVID-19 Pandemic*, in *J. Consum. Policy*, 2020, in corso di pubblicazione, per un'analisi comparata delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti per garantire la moratoria dei contratti, la loro risoluzione, i rimborsi dei corrispettivi versati o l'attribuzione di corrispettivi crediti.

necessari alla stessa comprensione delle nuove disposizioni, nonché quelli conseguenti a una necessaria riduzione della attività economica quale conseguenza della applicazione dalle stesse nuove norme.

Abbastanza paradossalmente in questo scenario le imprese più strutturate sembrano essere state più reattive e capaci di proseguire l'attività rispetto a quelle di minore dimensione operanti nello stesso ambito economico. I dati preliminari raccolti in Italia[85] – particolarmente significativi considerando gli effetti negativi subiti dall'economia nazionale nella prima parte dell'anno[86] – sembrano, quindi, suggerire che la *compliance* e il *risk management* sono, probabilmente più che mai, funzioni fondamentali per la riorganizzazione dell'attività economica e che solo le imprese che avevano già implementato uno specifico apparato a ciò dedicato sono state capaci di implementare rapidamente le trasformazioni richieste[87].

In ogni caso, sembra piuttosto evidente che la maggior parte delle imprese, particolarmente quelle di minore dimensione, non sono normalmente in grado di affrontare i costi di avere del personale dedicato a questo scopo[88]. Allo stesso tempo, l'esistenza di "cigni neri"[89], come il COVID-19, suggerisce l'idea che anche le imprese meno complesse dovrebbero mantenere, almeno, una forma embrionale di controllo su questi aspetti, al fine di stimolare una risposta rapida e una revisione legale della loro attività economica, quando necessario[90]. Una possibile soluzione a questa esigenza potrebbe essere offerta da una maggiore diffusione dei servizi di *compliance* e di *risk manage-*

85 Cfr. ISTAT, *Situazione e prospettive nell'emergenza sanitaria Covid-19*, 15 giugno 2020, p. 3: «Le microimprese (3-9 addetti), sono quelle più coinvolte nella sospensione delle attività: 48,7% contro 32,7% delle piccole (10-49 addetti), 19,2% delle medie (50-250 addetti) e 14,5% delle grandi (250 addetti e oltre), per una quota complessiva del 69,4%, considerando anche le imprese minori inizialmente "sospese" che poi hanno riaperto».

86 Cfr. ECB, *Economic Bulletin*, n. 4, 18 giugno 2020.

87 Cfr. anche la probabile importanza di investire nelle relazioni con gli *stakeholder*, come sottolineato nei dati riportati da A. Cheema-Fox, B.R. LaPerla, G. Serafeim, H. Wang, *Corporate Resilience and Response During COVID-19*, *Harvard Business School Accounting & Management Unit Working Paper No. 20-108*, 2020, *passim*.

88 Cfr. J. Braithwaite, *Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control*, *op. cit.*, p. 1501: «*For businesses below a certain size, a viable and independent compliance unit is impossible. Direct government inspections must be retained for small businesses*».

89 Cfr. G.P. Miller, *The law of governance, risk management, and compliance*, *op. cit.*, pp. 750-751, che sottolinea l'importanza degli *stress test* anche al fine di misurare la «"*fat tail*" *distribution*» degli eventi negativi.

90 Un effetto positivo della regolamentazione è suggerito analizzando la crisi legata al Coronavirus da X. Wu, *Regulations as Automatic Stabilizers During COVID-19*, working paper, 2020, *passim*.

ment offerti da *outsourcer*[91], anche considerando, da un lato, il positivo impatto che le tecnologie informatiche stanno portando nel settore e, dall'altro, che nelle imprese una parte della forza lavoro è già formata da lavoratori semi-indipendenti[92]. Probabilmente, nel prossimo futuro, l'impatto di queste innovazioni potrebbe, quindi, ridurre il costo della funzione di conformità legale e questo fattore potrebbe contribuire significativamente all'adozione di *policy* di *compliance*, considerando i benefici che queste potrebbero comportare complessivamente ai soci e agli amministratori, nonché, indirettamente, anche agli altri *stakeholder*.

91 Cfr. M.S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 186-187. Per un'analisi dei rischi della «*departmentalization*» della *compliance* nelle società "aperte" statunitensi, cfr. M. De Stefano, *Creating a Culture of Compliance: Why Departmentalization May Not Be the Answer*, in *Hastings Bus. L.J.*, 2013, pp. 120-164.

92 Cfr. J.H. Walsh, *op. cit.*, p. 551: «*Compliance professionals today, must deal with large numbers of independent contractors, temporary employees, outsourced activities, interns, externs, and other human resource practices that have the effect of decomposing the firm into semi-autonomous actors with low levels of connection with the institution*».

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2– Dicembre 2019

Il ruolo della capogruppo nel gruppo bancario cooperativo alla luce della l. n. 49/2016
Gruppo Cassa Centrale - Credito Cooperativo Italiano: il caso Carige

Alessio Mauro
Professore straordinario di Diritto dell'economia nella Link Campus University di Roma, Italia

Sommario The article addresses the issue relating to cooperative credit in the historical and regulatory evolution that has taken place on the subject. In particular, the text sets out the issues that emerged in the aftermath of the recent news of the financial banking economy concerning the so-called bailout of Banca Carige by Cassa Centrale Banca in light of the comments received from the most authoritative doctrine in this regard.

Keywords Cooperative credit. Financial banking economy. Banca Carige. Cassa Centrale Banca.

Sommario 1. Dalle casse rurali alle banche di credito cooperativo: verso la riforma del 2016. – 2. La conversione del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18 in l. 8 aprile 2016, n. 49: la posizione della Banca d'Italia. – 3. Il ruolo della capogruppo nel gruppo bancario cooperativo. – 4. Il d.l. 25 luglio 2018, n. 91, convertito in l. 21 settembre 2018, n. 108. – 5. Modelli alternativi al paradigma legale del gruppo bancario di credito cooperativo imposto dalla legge 8 aprile 2016, n. 49. – 6. Gruppo Cassa Centrale - credito cooperativo italiano: il caso Carige.

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Mauro, A. (2019). "Il ruolo della capogruppo nel gruppo bancario cooperativo alla luce della l. n. 49/2016. Gruppo Cassa Centrale - Credito Cooperativo Italiano: il caso Carige". *Ricerche giuridiche*, 8(2), 31-46.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/02/002

1 Dalle casse rurali alle banche di credito cooperativo: verso la riforma del 2016

Il modello del credito cooperativo, quale prototipo del pluralismo soggettivo creditizio[1], trova espressione nella legge bancaria del 1936[2] e nel riconoscimento della funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata è coperto dalle guarentigie costituzionali *ex* art. 45 della Carta fondamentale[3].

Da sempre caratterizzato dall'esigenza di ricercare strumenti di organizzazione *ad hoc* idonei ad assicurare il soddisfacimento degli interessi allo stesso sottesi[4], il credito cooperativo è stato, da ultimo, interessato dall'introduzione dell'art. 36 *bis* nel Testo Unico in materia bancaria e creditizia, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (ad opera del decreto legge 14 febbraio 2016, n. 18, G.U. 15 febbraio 2016, n. 37, convertito con modificazioni dalla legge 8 aprile 2016, n. 49, G.U. 14 aprile 2016, n. 87[5]) in materia di "gruppo bancario cooperativo" laddove viene *prima facie* in rilievo il rapporto sinergico che s'instaura fra capogruppo e singole cooperative affiliate nella regolamentazione offerta nel c.d. contratto di coesione.

Il tema delle banche di credito cooperativo, *rectius* della cooperazione di gruppo, pone all'oggi un serio interrogativo circa la "*giusta misura*" di compenetrazione fra società madre e affiliate, nonché sull'attività di coordinamento ed indirizzo strategico della capogruppo, la cui attività dev'essere eziologicamente orienatata al perseguimento delle finalità mutualistiche *exspressis verbis* confermate anche agli effetti dello stesso art. 37 *bis*, co. 3, lett. *a), b), c), d)* t.u.b., quale ineludibile presupposto dei poteri alla stessa *ex lege* conferiti («*b) i poteri della capogruppo che, nel rispetto delle finalità mutualistiche, includono* […]»).

Ciò alla luce delle recenti iniziative economiche che vedono al centro del dibattito il propugnato salvataggio di banca Carige ad opera di Cassa Centrale Banca che arricchisce di nuovi colori la *querelle*

1 Cfr. F. Capriglione, A. Sacco Ginevri, *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia Bancaria e Creditizia*[4], artt. 1-69, Padova, 2018, p. 392 ss.; A. Sacco Ginevri, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Torino, 2017, p. 204 ss.

2 Cfr. art. 5, d.l. 12 marzo 1936 n. 375-legge 7 marzo 1938, n. 141 in tema di "casse rurali ed artigiane".

3 A. Nigro, *Commento sub art. 45 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, III, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 1 ss.

4 F. Capriglione, *ult. op. cit.*, p. 392.

5 Sulla riforma delle banche di credito cooperativo, v. M. Sepe, *Il tramonto delle banche cooperative*, in *Giust. civ. comm.*, 26 aprile 2016, p. 5; sull'ipotesi di riforma, cfr. M. Pellegrini, *La funzione delle bcc in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, p. 62 e ss. Ancora, sulla emanazione della Legge 8 aprile 2016, n. 49, I. Sabatelli, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2017, p. 63 ss.

sulle banche cooperative; detto intervento appare, infatti, traguardare l'originario modello bancario cooperativo verso scenari innovativi non privi di contraddizioni, come osservato dalla migliore dottrina[6].

Come noto, il prototipo della banca di credito cooperativo trovò ingresso nel nostro ordinamento dal XVIII secolo, a livello sistemico, grazie alle influenze economiche e culturali intercorrenti tra nord Italia ed Europa centrale[7].

Già nelle prime manifestazioni delle casse rurali[8], modello che via via cedette il passo alle attuali banche di credito cooperativo, s'intravedeva la propensione delle stesse a sviluppare fenomeni di tipo associazionistico per la migliore programmazione degli scopi istituzionali; tali correlazioni sono divenute, in un secondo momento, lo strumento per rispondere alla crisi del sistema[9].

Ed invero, le banche di credito cooperativo trovano *ab origine* inquadramento nell'ambito delle casse rurali ed artigiane, disciplinate (antecedentemente all'avvento del t.u.b., d.lgs. 1 settembe 1993, n. 385) dal testo unico delle leggi sulle casse rurali ed artigiane di cui al Regio decreto 26 agosto 1937, n. 1706, poi modificato dal d.lgs. n. 481/1992 che ne trasformò il *nomen iuris* in casse di credito cooperativo.

Già nel testo unico del 26 agosto 1937, n. 1706 era codificata la funzione mutualistica delle casse rurali ed artigiane, ove ai sensi dell'art. 15, veniva sancito che esse «*devono prevalentemente impiegare le loro disponibilità in operazioni a favore di agricoltori e artigiani*» e che «*tali operazioni sono effettuate preferibilmente con i soci*», mentre quelle con soggetti che non rivestono detta qualità (di socio, appunto) non poteva essere superata la soglia del 25% dei depositi fiduciari raccolti.

La funzione mutualistica è stata poi riconosciuta anche dal Testo unico bancario 1 settembre 1993, n. 385, il quale prescrive, come è noto, che le stesse banche cooperative debbono «*esercitare il credito prevalentemente a favore dei soci*»[10]; la differenziazione fra tale disposizione e la legislazione previgente si coglie, quindi, in forza della non più tipizzata percentuale di attività nei confronti dei soci (che

6 M. Sepe, *Carige e Cassa Centrale Banca, le nozze che rischiano di snaturare le Bcc*, First on line, 27 agosto 2019, consultabile su: *https://www.firstonline.info/carige-e-cassa-centrale-banca-le-nozze-che-rischiano-di-snaturare-le-bcc/*.

7 M.C. Cardarelli, *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo: la riforma del 2016*, Torino, 2017, p. 11 ss.

8 Cfr. F. Capriglione, *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia Bancaria e Creditizia*, *op. cit.*, p. 299 ss.

9 Sulla evoluzione del concetto di mutualità, per tutti, F. Capriglione, *La riforma delle banche Popolari*, Padova, 2015, p. 7.

10 F. Capriglione, *Cooperazione di credito e testo unico bancario*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 39, Roma, 1995.

prima del t.u.b.era fissata al 75%): essendo assolto il vincolo mutualistico anche laddove la medesima attività sia rivolta ai soci in maniera "*significativa*".

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, le casse rurali hanno assunto la nuova qualificazione di banche di credito cooperativo, con assoggettamento della disciplina afferente alle attività ed alle operazioni di impiego e di raccolta ai criteri fissati dalla Banca d'Italia, essendo venuta meno, per espressa abrogazione, la previgente normativa dettata dal Regio decreto del 1937 su richiamato.

In subiecta materia, assume specifico rilievo l'aspetto organizzativo che nel corso degli anni ha caratterizzato le BCC[11] nell'evoluzione di esso sino alle più recenti riforme.

Gli enti maggiormente rappresentativi delle banche di credito cooperativo sono le Federazioni regionali ed interregionali, in forza delle prerogative di coordinamento, promozione e formazione professionale, assistenza tecnica e revisione che le stesse assolvono; queste ultime sono, a loro volta, associate nella Federazione italiana delle banche di credito cooperativo casse rurali e artigiane, c.d. Federcasse.

In tale ambito è sorta la società Iccrea (Istituto centrale casse rurali e artigiane) *Holding*, capogruppo di una compagine bancaria che ha dato luogo alle "fabbriche" del gruppo[12].

2 La conversione del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18 in l. 8 aprile 2016, n. 49: la posizione della Banca d'Italia

L'auspicata ottica di rafforzamento del sistema bancario cooperativo complessivamente considerato ha giustificato le diverse misure d'intervento adottate nel 2016 dal legislatore nell'assolvimento dell'impulso esercitato dalla Banca d'Italia[13].

Ed invero, la legge 8 aprile 2016, n. 49 mira a rafforzare i patrimoni delle BCC per svilupparne la competitività, come detto, a livello comunitario. E ciò, tanto più, in conseguenza dei significativi cambiamenti che hanno caratterizzato le norme prudenziali e l'attività di vigilanza in questi anni, nel cui contesto i sistemi di patrimonializzazione della banche di credito cooperativo non sono stati ritenuti rispondenti, o meglio non più, alle esigenze del mercato.

11 P. Ferro Luzzi, G. Castaldi, *Profili organizzativi e funzionali del sistema delle casse rurali e artigiane - banche credito cooperativo*, in *La nuova legge bancaria*. Commentario, Milano, 1996, I, p. 573 ss.

12 R. Costi, *L'Ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 444 ss.

13 Sulla funzione delle banche di credito cooperativo, v. C. Barbagallo, *Le banche di credito cooperativo in prospettiva: vigilanza europea ed evoluzione normativa*, Bolzano, 12 febbraio 2015, consultabile su *https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2015/Barbagallo-12022015.pdf*.

e-ISSN 2281-6100

Ancor prima dell'avvento della stessa riforma, si sono contrapposti diversi indirizzi volti a ricercare delle soluzioni, in concreto, percorribili in relazione alle BCC.

In brevis, e senza alcuna pretesa di esaustività, secondo un primo e più formalista indirizzo, sono stati propositi "*vincoli prudenziali particolarmente stringenti*" al fine di stabilire adeguati requisiti patrimoniali per garantire un'adeguata stabilità finanziaria alle BCC[14]. Di converso, secondo una differente concezione più "*liberista*"[15] è stata prospettata la esenzione delle stesse banche di credito cooperativo dall'operatività della disciplina europea sui c.d. requisiti patrimoniali[16].

Invero, la riforma del 2016 tenta di contemperare le opposte esigenze, offrendo una risposta alla crisi sistemica del credito cooperativo determinata dalla generalizzata sfiducia nell'apporto di "capitale di rischio"[17] in entità territorialmente ristrette e con una limitata operatività[18]. Il tutto, in un contesto non facilitato dal concomitante fenomeno di proliferazione di crediti deteriorati, tanto da aver destato nel legislatore la convinzione di dover intervenire sui c.d. "livelli di copertura"[19].

Le banche di credito cooperativo hanno, infatti, sin dall'origine mostrato gravi difficoltà nel rispetto dei livelli e dei requisiti imposti dalla regolamentazione su base prudenziale[20]. Basti considerare i molteplici interventi resi *in subiecta materia*, tra cui si annoverano, la Direttiva n. 2014/59/UE per la risoluzione e gestione delle crisi ivi contemplato (*Banking Recovery and Resolution Directive*, BRRD), il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi nell'eurozona, *Single Resolution Mechanism*, il Fondo di risoluzione, non operante laddove di-

14 Cfr. R. Santagata, *"Coesione" ed autonomia del gruppo bancario cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 431 ss; sul tema v. G. Oppo, *Credito cooperativo e Testo Unico sulle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 653 ss. e dello stesso Autore, cfr. *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, ivi, 2004, p. 754 ss.; altresì, G. Marasà, *Le banche cooperative*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, p. 529 ss.; G. Presti, *Le banche cooperative. Funzione economica e forme giuridiche*, ed. fuori comm., Milano, 1999, pp. 8 e 17.

15 R. Santagata, *op. cit.*, p. 431.

16 Commissione europea, Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati di capitali, COM (2015) 468 *final*, 30 settembre 2015, 24, nel cui ambito si solleva la questione secondo cui in taluni Stati appartenenti all'UE, la stessa Direttiva in tema di requisiti patrimoniali non trova applicazione alle cooperative di credito, per le quali andrebbe coniata una disciplina regolamentare proporzionale ai rischi a cui sono esposte.

17 L'espressione è di Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 1.

18 C. Barbagallo, *op. cit.*, p. 2 ss.

19 C. Barbagallo, *ibidem*.

20 Cfr. C. Barbagallo, *Audizione della Banca d'Italia, 1 febbraio 2016, sulla proposta di conversione in legge del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18*, consultabile su: *https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2016/Barbagallo-010316.pdf*.

fetti la ricorrenza dell'interesse pubblico, con conseguente applicazione del rimedio della liquidazione.

Ancor prima della conversione in legge del decreto 14 febbraio 2016, n. 18 la stessa Banca d'Italia ha prospettato il ricorso allo strumento del gruppo bancario delle banche di credito cooperativo come risposta alla crisi sistemica che si stava via via attraversando; tutto ciò, nell'ottica del perseguimento dell'esigenza di dotare tali realtà creditizie di un più solido apparato patrimoniale rendendole idonee a far fronte alle stringenti sfide del mercato globalizzato.

La struttura aggregata dell'innovativo modello che la citata legge del 2016 all'oggi riserva alle BCC è stata ritenuta uno strumento idoneo a facilitare il superamento delle criticità sopra enucleate[21], preservando la mutualità come requisito essenziale della cooperazione bancaria.

Il punto cardine della riforma è, dunque, da ascrivere al nuovo modello del "*gruppo bancario cooperativo*" di cui all'art. 37-*bis* t.u.b., al cui vertice si colloca una capogruppo bancaria costituita in forma di società per azioni e con un patrimonio netto di almeno un miliardo di euro, a cui aderiscono le singole BCC per il tramite di un "*contratto di coesione*", anch'esso, interamente normativizzato e finalizzato dal legislatore onde garantire l'unitarietà finanziaria e di *governance* del gruppo.

La normativa in commento prescrive, in via diretta e cogente, i requisiti minimi che deve presentare il contratto di coesione *de quo*, strumento al quale il legislatore ha assegnato il delicato compito di regolamentare i poteri di direzione e coordinamento della capogruppo sulle banche di credito cooperativo aderenti, nonché di disciplinare la garanzia solidale in ordine alle obbligazioni ricadenti sulla capogruppo e sulle banche di credito cooperativo che via abbiano prestato adesione.

La legge assegna poi un ruolo primario all'Autorità di vigilanza per la verifica dell'adeguatezza patrimoniale e finanziaria del gruppo, nonché della rispondenza di questo ai criteri di sana e prudente gestione[22].

21 C. Barbagallo, *op. cit.*, p. 4 ss.

22 Trattasi di elementi in parte qua ricognitivi di quanto veniva *ab origine* previsto nel progetto di riforma elaborato nel 2015 da Federcasse, nella versione sottoposta alla valutazione sia del Ministero dell'Economia e delle Finanze sia alla Banca d'Italia. Cfr. sul punto C. Barbagallo, *op. cit.* p. 7 ss.

3 Il ruolo della capogruppo nel gruppo bancario cooperativo

Come accennato nel paragrafo che precede, la riforma del 2016 delle banche di credito cooperativo ha sancito l'obbligatorietà di aggregazione in un gruppo bancario, per l'appunto cooperativo, quale requisito necessario (o, meglio, condizione) per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria.

Tanto che nel caso in cui una delle banche aderenti al gruppo dovesse, in ipotesi, successivamente svincolarsi da esso (quindi, recedere), la singola banca sarà tenuta a trasformarsi in s.p.a. ovvero a procedere alla liquidazione[23]. Per tale ragione, la dottrina più accreditata ha parlato di "*contratto imposto*" e vincolante quanto ai requisiti dallo stesso prescritti, con conseguenti dubbi sulla legittimità costituzionale della citata normativa in relazione agli artt. 41 e 45 Cost.[24].

Come visto, l'art. 37 *bis* su richiamato sancisce, da un lato, l'applicabilità al gruppo bancario cooperativo delle disposizioni contenute nel Titolo III, Capo II, del t.u.b. in tema di gruppo bancario di diritto comune, per quanto compatibili e, dall'altro lato, demanda alla Banca d'Italia il compito di dare attuazione alla predetta normativa per garantire la sana e prudente gestione, la competitività e l'efficienza del gruppo bancario cooperativo; dettando, altresì, disposizioni applicative per ciò che riguarda i requisiti minimi organizzativi e operativi della capogruppo, il contenuto del contratto di cui al comma 3 dello stesso art. 37 *bis*, nonché le caratteristiche della garanzia ed il procedimento per la costituzione del gruppo e all'adesione al medesimo.

La nuova disciplina sancisce, inoltre, che la Banca d'Italia è tenuta ad assicurare, in sede attuativa, i requisiti specifici, compreso il requisito minimo di patrimonio netto della capogruppo, relativi ai gruppi bancari cooperativi. E, sempre all'Organo di vigilanza, la stessa riforma del 2016 demanda il compito di vagliare lo schema di contratto di coesione che la società candidata ad espletare le funzioni di capogruppo dovrà trasmetterle. Tutto ciò al fine di consentire una più attenta analisi circa la rispondenza del contratto di coesione alle prescrizioni stabilite *ex lege* sia sotto il profilo della adeguatezza patrimoniale e finanziaria del gruppo sia sul piano dell'idoneità all'assolvimento del principio di sana e prudente gestione[25].

---

23 A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 199 ss.; fermo restando che ai sensi del comma 5 dell'art. 37 *bis*, 1 settembre 1993, n. 385 t.u.b. su tale fenomeno dovrà comunque esprimersi la Banca d'Italia, che è chiamata a vagliare se «*[…] il recesso e l'esclusione di una banca di credito cooperativo sono autorizzati dalla Banca d'Italia avendo riguardo alla sana e prudente gestione del gruppo e della singola banca.* […]».

24 Cfr. I. Sabbatelli, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2017, pp. 117-118.

25 Cfr. art. 37 *bis*, 1 settembre 1993, n. 385 t.u.b.

Il contratto di coesione sarà, dunque, stipulato soltanto successivamente al superamento del vaglio della Banca d'Italia come sopra enucleato, che provvederà ad iscrivere il gruppo bancario nell'ambito dell'apposito albo dei gruppi.

La legge in commento non si limita, pertanto, a disciplinare i requisiti basilari del gruppo bancario cooperativo, ma regolamenta preventivamente e prudenzialmente il neo raggruppamento assoggettandolo, infatti, allo scrutinio genetico dell'Autorità di vigilanza[26].

Il nuovo gruppo bancario cooperativo di cui all'art. 37 *bis* è incentrato sul ruolo della capogruppo, la quale deve rivestire, come visto, la forma di società per azioni la cui maggioranza è detenuta dalle singole banche aderenti ed a cui spetta l'attività di direzione e coordinamento come enucleata dal contratto di coesione, quale *longa manus* del controllo sulle banche aderenti[27].

La capogruppo dovrà, altresì, possedere il requisito del patrimonio netto minimo di un miliardo di euro ed alla cui formazione concorrono le singole banche di credito cooperativo aderenti, nonché altre società finanziarie e/o bancarie, complessivamente assoggettate al suo controllo[28].

Le prerogative della capogruppo sulle banche di credito cooperativo sono state recepite dal legislatore in modo pieno ed effettivo laddove, ad es., la normativa in commento sancisce la possibilità che la medesima possa designare, in taluni casi e motivatamente, gli amministratori di queste ultime[29].

La normativa *de qua* si arricchisce di nuovi colori alla luce del non secondario principio, pure previsto, del "*cross-guarentee scheme*"[30] a mente del quale le obbligazioni assunte dalla capogruppo e dalle banche affiliate confluiscono nella responsabilità solidale finanziaria del gruppo bancario così costituito. Tanto da permettere l'integrazione di quanto previsto ai sensi dell'art. 10 del Regolamento (UE) 26 giugno 2013, n. 575 laddove è previsto, tra le altre cose, che «*1.*

---

26 V.A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 202.

27 Sul tema della nozione di controllo v. L.A. Bianchi, *Note sulla nozione di controllo nei principi contabili internazionali Ias/Igrs in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 277 ss.

28 Sulla direzione e coordinamento della capogruppo ante riforma, cfr. M. Sepe, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, supplem. n. 4, p. 95.

29 V. art. 37 *bis*, co. 2 bis «*Lo statuto della capogruppo stabilisce che i componenti dell'organo di amministrazione espressione delle banche di credito cooperativo aderenti al gruppo siano pari alla metà più due del numero complessivo dei consiglieri di amministrazione*»; nonché v. co. 3, lett. *b)*, n. 2, «*i casi, comunque motivati [ed eccezionali], in cui la capogruppo può, rispettivamente, nominare, opporsi alla nomina o revocare uno o più componenti, fino a concorrenza della maggioranza, degli organi di amministrazione e controllo delle società aderenti al gruppo e le modalità di esercizio di tali poteri*».

30 V.A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 203.

Le autorità competenti possono derogare, in tutto o in parte, conformemente alla normativa nazionale, all'applicazione dei requisiti stabiliti […] da due a otto a uno o più enti creditizi […]che sono affiliati permanentemente ad un organismo centrale preposto al loro controllo […] se sono soddisfatte le seguenti condizioni: a) gli obblighi assunti dall'organismo centrale e dagli enti ad esso affiliati siano garantiti in solido oppure gli impegni degli enti affiliati siano pienamente garantiti dall'organismo centrale; b) la solvibilità e la liquidità dell'organismo centrale e di tutti gli enti ad esso affiliati siano controllati, nel loro insieme, sulla base dei conti consolidati di tali enti; c) la dirigenza dell'organismo centrale abbia il potere di dare istruzioni alla dirigenza degli enti ad esso affiliati. […]».

Contribuiscono ad enucleare le prescrizioni ed i requisiti su descritti i provvedimenti resi in materia dalla Banca d'Italia, in specie, la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, in cui è stato inserito il Capitolo 5 in tema di "gruppo bancario cooperativo", documento che si profila di particolare interesse anche per ciò che attiene al rapporto tra la capogruppo e banche di credito cooperativo aderenti.

In dottrina, l'esame del novero dei poteri riconosciuti dal diritto positivo alla capogruppo, e da questa esercitati sul gruppo bancario cooperativo, si è posto in chiave problematica[31] anche con riguardo alla rispondenza, o meno, dell'apparato normativo e regolamentare dianzi enucleato rispetto agli stessi interessi, territoriali e mutualistici, di cui ogni singola Banca aderente si rende portatrice.

Tanto più in relazione a quei casi in cui le prerogative gestionali e di *governance* assegnate dal legislatore alla capogruppo non appaiano funzionali al perseguimento degli obiettivi cui mira la riforma.

L'archetipo normativo imposto dalla legge del 2016 trova inquadramento nell'esigenza di assicurare interessi di rango primario, quali quelli afferenti alla stabilità finanziaria degli enti creditizi ed alla loro idoneità a sostenere le sfide che il mercato, specialmente quello su base comunitaria, senza rinnegare la funzione mutualistica e la territorialità delle banche di credito cooperativo.

Proprio in forza della *ratio* sottesa alla riforma in commento, è stato condivisibilmente ritenuto che anche i poteri della capogruppo debbano essere esercitati commisurandone l'intensità alle finalità che essi svolgono e, dunque, alla stabilità del gruppo e delle singole banche cooperative aderenti, così emergendo la necessità di perimetrare e conformare la portata ed i limiti di siffatti poteri alle esigenze del settore creditizio d'appartenenza[32].

Di talché, l'intervento della *holding* dovrà essere adeguatamente vagliato secondo ottiche di mercato strettamente funzionali agli in-

31 *Op. ult. cit.*, A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, pp. 210-211.

32 Cfr. G. Vallar, *La crisi dei gruppi bancari multifunzionali*, Padova, 2017, p. 7 ss.

teressi perseguiti dal gruppo, pur tuttavia, senza disconoscere acriticamente le singole individualità cooperativa che da sempre caratterizzano la banche *de qua*[33].

4 Il d.l. 25 luglio 2018, n. 91, convertito in l. 21 settembre 2018, n. 108

Con legge 21 settembre 2018, n. 108 di conversione del d.l. 25 luglio 2018, n. 91 si è proceduto alla parziale correzione della disciplina del gruppo bancario cooperativo.

Invero, relativamente al contenuto del contratto di coesione, la neo disciplina prescrive che l'indicazione dei poteri della capogruppo debba tener conto oltreché «*delle finalità mutualistiche*», anche «*del carattere localistico delle banche di credito cooperativo*» rendendo così definitivamente manifesta l'intenzione del legislatore di porre rimedio ad eventuali scelte della capogruppo che non tengano conto di tali primari obiettivi.

Nel perimetrare i poteri della capogruppo, il co. 3, lett. b., n. 1) dell'art. 11 della stessa legge assunta in sede di correttivo, ha aggiunto il co. 3-*bis* all'art. 37 *bis* t.u.b., il quale prevede che «*con atto della capogruppo è disciplinato il processo di consultazione delle banche di credito cooperativo aderenti al gruppo in materia di strategie, politiche commerciali, raccolta del risparmio ed erogazione del credito nonché riguardo al perseguimento delle finalità mutualistiche. Al fine di tener conto delle specificità delle aree interessate, la consultazione avviene mediante assemblee territoriali delle banche di credito cooperativo, i cui pareri non sono vincolanti per la capogruppo*», tanto da rendere la fase di concertazione maggiormente ispirata alla logica partecipativa e al confronto[34]. Il provvedimento assunto in sede correttiva, in altre parole, mira a rafforzare la partecipazione delle singole banche cooperative che abbiano prestato adesione al gruppo anche sotto il profilo delle scelte e delle determinazioni assunte dalla propria *holding*. Trattasi, tuttavia, di strumenti di concertazione non vincolanti per la capogruppo, in quanto non direttamente idonei a condizionarne la libera assunzione di determinazioni finali, residuando in capo alla stessa un ben più ampio margine di discrezionalità[35].

L'analisi dei poteri di coordinamento e d'indirizzo attribuiti dal legislatore in favore della capogruppo ha fatto emergere, sotto il profilo delle finalità e dei correlativi limiti, talune stringenti correlazioni

33 Così, A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 212.

34 F. Accettella, *Il gruppo bancario cooperativo quale gruppo societario "legale obbligatorio"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, p. 35.

35 F. Accettella, *op. cit.*, p. 15 ss.

con gli indirizzi, assunti anche in sede attuativa, della Banca d'Italia, tanto che, secondo alcuni Autori, le prerogative che la stessa legge assegna alla capogruppo sulle banche di credito cooperativo andrebbero inquadrate nel novero di una funzione *lato sensu* di vigilanza, quale «*attività ausiliaria e strumentale alla gestione di servizio che resta esclusivamente affidata alle banche cooperative*»[36].

Quanto sopra sarebbe, infatti, evincibile dalla lettura dell'art. 37-*bis*, co. 3, n. 1, t.u.b., laddove prescrive che i «*poteri di influenza sulle banche aderenti*» sono proiettati «*ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni in materia bancaria e finanziaria applicabili al gruppo e ai suoi componenti*».

Di pari passo alla novella dell'art. 37 *bis* del 2018 è andata la riforma della vigilanza *ex* art. 20-*ter* di cui al d.l. n. 119/2018 (Disposizioni in materia di vigilanza cooperativa), modificativa dell'art. 18 del d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, laddove viene confermato il limite ontologico a cui è assoggettata la capogruppo ed i correlativi strumenti di monitoraggio, ove è prevista la «*Vigilanza sulle banche di credito cooperativo, sulle società di mutuo soccorso e sulle società capogruppo dei gruppi bancari cooperativi*».

Nel particolare, al comma 1 della disposizione da ultimo citata è previsto che «*L'autorità governativa assoggetta anche le società capogruppo dei gruppi bancari cooperativi di cui all'articolo 37-*bis *del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, a controlli finalizzati a verificare che l'esercizio del ruolo e delle funzioni di capogruppo risulti coerente con le finalità mutualistiche delle banche di credito cooperativo aderenti al gruppo. In caso di difformità, la Banca d'Italia, su segnalazione dell'autorità governativa, può assumere adeguati provvedimenti di vigilanza. Con decreto da adottare entro il 31 marzo 2019, il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, adotta disposizioni per l'attuazione del presente comma definendo modalità, soggetti abilitati e modelli di verbale*».

Appare, dunque, fuor di dubbio che i compiti di indirizzo e coordinamento della capogruppo debbano essere adeguati agli indirizzi, *rectius* disposizioni attuative della Banca d'Italia, che la medesima *holding* ha la funzione istituzionale di perseguire, in quanto diretta espressione di interessi di rango sovraordinato rispetto all'interesse delle singole BCC[37].

La capogruppo è, in altre parole, investita del compito di attuare le strategie del gruppo, ivi comprese le valutazioni afferenti ai processi di concessione del credito, le scelte programmatorie della politica finanziaria, le determinazioni aventi ad oggetto gli investimenti mo-

36 R. Santagata, *op. cit.*, p. 9 ss.

37 *Ibidem*, p. 9.

biliari ed immobiliari, la commisurazione dei rischi per il gruppo di banche di credito cooperativo complessivamente considerato, rispettando le esigenze di ogni singola territorialità e senza omettere di considerare gli scopi sottesi al modello del credito cooperativo, elementi che il legislatore ha scientemente preso in esame in sede di riforma.

Con il correttivo si consolidano, quindi, gli spazi di autonomia delle singole BCC appartenenti al gruppo, stante il disposto del nuovo co. 3 *ter*, a mente del quale le stesse banche di credito cooperativo che «*sulla base del sistema di classificazione del rischio adottato dalla capogruppo, si collocano nelle classi di rischio migliori*», possono all'oggi definire autonomamente i propri «*piani strategici e operativi, nel quadro degli indirizzi impartiti dalla capogruppo e sulla base delle metodologie da quest'ultima definite*».

Per di più – fermo restando quanto previsto dalla lett. *b)* della citata disposizione (cfr. art. 37, co. 3 *ter*, lett *b)*) laddove è sancito che le banche cooperative sono, in ogni caso, tenute a comunicare «*tali piani alla capogruppo che ne verifica la coerenza con i citati indirizzi*» – dette BCC possono designare, a date condizioni e secondo le modalità ivi previste, i membri del C.d.A.

La sfera di maggiore operatività delle BCC contempla, a seguito di tali modifiche, anche la possibilità di programmazione dei singoli «*piani strategici e operativi*», sebbene la medesima società madre mantenga inalterata la propria funzione di coordinamento in ordine agli indirizzi generali e complessivi[38].

Sempre in sede di correttivo sono state attuate ulteriori modificazioni del testo *ab origine* previgente (legge 8 aprile 2018, n. 49), tra cui si annovera, tra gli altri, l'innalzamento della soglia minima di capitale della s.p.a. capogruppo che obbligatoriamente deve essere «*detenuto in misura pari ad almeno il sessanta per cento dalle banche di credito cooperativo appartenenti al gruppo, che esercita attività di direzione e coordinamento sulle società del gruppo sulla base di un contratto conforme a quanto previsto dal comma 3 del presente articolo*» (art. 37-*bis*, co. 11, lett. *a)*).

In specie, viene in rilievo l'elemento afferente alla necessità di raggiungere la soglia della maggioranza qualificata, al precipuo fine di impedire che all'interno della capogruppo possano intervenire soggetti che svolgano talune attività non rispondenti alle finalità tipiche che caratterizzano, invece, il gruppo bancario di credito cooperativo[39].

La legge mantiene, in ogni caso, impregiudicata la possibilità di determinare «*una soglia di partecipazione delle banche di credito cooperativo al capitale della società capogruppo diversa da quella indi-*

38 F. Accettella, *op. cit.*, p. 16.

39 F. Accettella, *op. cit.*, p. 13.

cata al comma 1, lettera a), tenuto conto delle esigenze di stabilità del gruppo» *ex* art. 37 *bis*, co. 7, come modificato ai sensi dell'art. 11, co. 2, lett. *f)*, del d.l. 25 luglio 2018, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 21 settembre 2018, n. 108.

Il nuovo co. 2-*bis* sancisce che «*lo statuto della capogruppo stabilisce che i componenti dell'organo di amministrazione espressione delle banche di credito cooperativo aderenti al gruppo siano pari alla metà più due del numero complessivo dei consiglieri di amministrazione*», tanto da porre grossi dubbi sull'opportunità di determinazione del limite predefinito *ex lege* degli amministratori espressione delle singole banche di credito cooperativo, dal momento che la designazione, *rectius* deliberazione, *in subiecta materia* circa i membri del Consiglio d'Amministrazione dovrebbe competere, senza limiti di sorta, all'assemblea della *holding* di cui le singole banche di credito cooperativo costituiscono la maggioranza.

5 Modelli alternativi al paradigma legale del gruppo bancario di credito cooperativo imposto dalla legge 8 aprile 2016, n. 49

La breve enucleazione del quadro dei poteri che la capogruppo esercita sulle singole banche di credito cooperativo, per come concepito nel disegno offerto dal nuovo legislatore, ha posto in risalto talune criticità, prima fra tutte la potenziale situazione di conflittualità tra l'esigenza di maggiore autonomia di gestione delle banche cooperative aderenti al gruppo rispetto alle traiettorie, non sempre rispondenti alle logiche territoriali, sancite della stessa capogruppo[40].

A conferma di quanto testé prospettato potrebbero deporre le innovative disposizioni dettate, sempre nel 2018, in tema di vigilanza sulla capogruppo[41].

Tanto più ove si ponga mente al potere *stricto sensu* sanzionatorio che la *holding* può esercitare nei confronti della singola Banca di credito cooperativo cui venga addebitata la violazione del contratto di coesione, il quale potrà esprimersi nelle diverse forme del divieto di compiere nuove operazioni, nonché nella «*sospensione dell'assunzione di nuovi rischi*» e nella «*restrizione delle attività o della rete territoriale*»[42].

Emerge, quindi, un sistema di raccordo tra capogruppo e banche di credito cooperativo affiliate al contratto di coesione eccessi-

40 A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 212 ss.

41 Cfr. *sub* par. 4.

42 A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 214; cfr., sul punto, Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013.

vamente incentrato sulla figura della *holding*. Secondo altri, invece, tale approdo risulterebbe pienamente rispondente *coeteris paribus* ad una giusta misura partecipativa delle BCC alle linee programmatiche sancite dalla capogruppo[43].

La migliore dottrina propende per l'inquadramento del modello imposto d'imperio dal legislatore come "gruppo bancario" che «*si avvicina a un modello ibrido avente sembianze di una banca unica multidivisionale e delocalizzata*»[44], in luogo del quale è stato propugnato il ricorso[45] al diverso strumento della c.d. tutela istituzionale, già normativamente previsto ai sensi della legge n. 49/2016 per le Province autonome di Trento e Bolzano[46].

L'*Institutional Protection Scheme, IPS*, è definito art. 113 della *Capital Requirements Regulation* (CRR; EU n. 575/2013) come «*un accordo di responsabilità contrattuale o previsto dalla legge che tutela gli enti partecipanti e, in particolare, garantisce che abbiano liquidità e solvibilità sufficienti a evitare il fallimento, ove necessario*».

Trattasi di meccanismo di solidarietà tra istituti di credito che preserva maggiori spazi di autonomia rispetto all'archetipo del gruppo bancario, differenziandosi da questo proprio in forza della circostanza che i soggetti aderenti al c.d. IPS mantengono sul piano giuridico sfere decisionali riservate, come pure singolarmente ciascuno di essi è assoggettato alla vigilanza delle autorità nazionali competenti.

6 Gruppo Cassa Centrale - credito cooperativo italiano: il caso Carige

Sta di fatto che il sistema del credito cooperativo non sembra affatto disincentivato dalle criticità e dalle dispute che caratterizzano il delicato rapporto fra capogruppo e banche aderenti, essendo infatti oramai ricorrente la notizia[47] circa l'intervenuto accordo per il salvataggio della Banca Carige ad opera di Cassa Centrale Banca, *sub specie* attraverso il ricorso al Fondo interbancario di tutela dei depo-

43 R. Santagata, *op. cit.*, p. 19 ss.

44 A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, p. 248, il quale sostiene che il gruppo bancario potrebbe essere configurato come "*una sorta di banca unica delocalizzata*"; v. F. Capriglione, *La conversione del d.l. n. 91 del 2018. La mancata ricerca di un nuovo trade off tra localismo e stabilità*, 2018, in *http://dirittobancario.it*.

45 Cfr. F. Accettela, *op. cit.*, p. 10 ss.

46 V. art. 37 bis, comma 1-*bis*, t.u.b., "*in coerenza con quanto previsto dall'articolo 113, paragrafo 7, del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 agosto 2013*".

47 24 Finanza, *Carige, firmato l'accordo per la soluzione privata di salvataggio*, 1 agosto 2019, consultabile su: *https://www.ilsole24ore.com/art/carige-firmato-l-accordo-la-soluzione-privata-salvataggio-ACbF7Be*.

siti (Fitd), lo Schema volontario di intervento del Fitd (Svi), la Cassa Centrale Banca - Credito cooperativo italiano (Ccb), la Società per la gestione delle attività (Sga) e altre primarie istituzioni finanziarie, le quali concorreranno al consolidamento patrimoniale del gruppo.

L'operazione allo stato prevede, infatti, un aumento di capitale da 700 milioni (313,2 milioni allo Svi, 63 milioni a Ccb; 85 milioni agli attuali azionisti della Banca in proporzione alla percentuale di capitale detenuta; 238,8 milioni al Fitd) ed una emissione di *warrant* e un nuovo prestito subordinato classificabile come strumento di capitale Tier2 per 200 milioni.

Il salvataggio di Carige arriva all'indomani dell'insediamento di Cassa Centrale Banca nel ruolo di capogruppo, avvenuto nel corso di quest'anno, del primo gruppo bancario cooperativo italiano, nonché nelle more dell'atteso decreto (per la verità, previsto per marzo scorso) del Ministero dello sviluppo economico (da assumere di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze (Mef) e sentita la Banca d'Italia), che dovrà disciplinare la rete dei controlli finalizzati alla verifica che l'esercizio del ruolo e delle funzioni delle capogruppo dei Gruppi bancari cooperativi (Gbc) sia aderente alle finalità ed agli scopi mutualistici delle banche di credito cooperativo (Bcc), *ex* art. 20-*ter* del d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* il 23 ottobre 2018 n. 247, modificativo dell'art. 18 d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, in tema di vigilanza sulle banche di credito cooperativo.

Nel solco di tali decisive determinazioni, la dottrina più accreditata[48] ha *in nuce* provvidenzialmente evidenziato come il problema delle "*nozze*" fra Cassa Centrale Banca e Banca Carige attualizzi la *querelle ab origine* intercorsa fra chi, da un lato, propende per la piena conformità del nuovo modello del gruppo bancario cooperativo al prototipo costituzione della banche cooperative e chi, di contro, ha sollevato seri dubbi di legittimità costituzionale sulla legge di riforma delle BCC.

La glorificazione del salvataggio di Banca Carige ad opera di Cassa Centrale Banca è stato propugnato da chi ha, infatti, ravvisato nell'intervento del Fondo Interbancario un processo intemerato che, oltre a determinare il complessivo rafforzamento del gruppo bancario, è idoneo ad accrescere la potenzialità territoriale delle singole banche affiliate.

Di tal che, il concetto di stretta mutualità, per come originariamente ancorato al nucleo fondante della "prestazione di servizio"[49], sembra tramutarsi in una sorta di vantaggio indiretto che si propa-

48 M. Sepe, *Carige e Cassa Centrale Banca, le nozze che rischiano di snaturare le BCC*, *cit.*

49 M. Sepe, *op. cit.*, p. 2.

ga *de facto* alle singole BCC in quanto appartenenti al gruppo bancario cooperativo *ex* art. 37 *bis*, t.u.b.

A margine della operazione con Banca Carige, si ritiene che all'oggi il problema non investa tanto i vantaggi strettamente economici per Cassa Centrale Banca, quanto piuttosto, come ha prospettato la dottrina meno acritica rispetto ai processi di riforma, l'avviata metamorfosi delle BCC da una «*mutualità intesa in senso tradizionale, come gestione di servizio in favore dei soci, riferito allo scambio mutualistico realizzato nell'ambito sociale di ciascuna BCC, a una mutualità di sistema e istituzionalizzata*»[50].

Come, infatti, prospettato in premessa, resta da capire l'effettiva compatibilità di siffatto intervento finanziario rispetto alle finalità mutualistiche che dovrebbero caratterizzare il credito cooperativo, tenuto conto dell'intervento correttivo che, come sopra visto, ha fornito delle precisazioni proprio in tal senso.

Senza pretesa di esaustività occorre vagliare l'operazione che si accinge ad intraprendere Cassa Centrale Banca anche alla luce dell'art. 45 della Carta costituzionale, laddove la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità è contrapposta a quella, invece, caratterizzata da finalità di speculazione privata e dal momento che soltanto in relazione alla prima è ammesso l'accesso a forme di agevolazione di fiscalità.

E, sempre sotto tale angolo di visuale, il problema si pone anche in relazione alla rispondenza di tale intervento di salvataggio ai principi concorrenziali, i quali *prima facie* imporrebbero l'allocazione degli utili a beneficio delle singole banche di credito cooperativo, piuttosto che in favore della capogruppo ovvero delle società strumentali, così da favorire il consolidamento del gruppo bancario di credito cooperativo nel sistema bancario complessivamente considerato.

In definitiva, appare indubbio come le sfide propugnate su base comunitaria, le stesse che hanno dato avvio alle riforme del 2016, sembrano aver all'oggi invertito il fenomeno del credito cooperativo laddove le originarie prospettive di rafforzamento del patrimonio delle banche di credito cooperativo sembrano *in parte qua* superate, avendo ceduto il passo ad istanze più apertamente speculative, le quali rischiano di snaturare[51] lo strumento del credito cooperativo rispetto a quanto *ab origine* profilato dal legislatore bancario paradigmaticamente ancorato al concetto di mutualità *stricto sensu* inteso.

50 M. Sepe, *ibidem*.

51 M. Sepe, *ibidem*.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2 – Dicembre 2019

Lavoro e diritto del lavoro alla prova della digitalizzazione

Valentina Cagnin
Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Sommario This article examines the effects of digitalization on labour, on the labour relationship and on the labour market. Starting from the description of smart work and platform work, the Author wants to investigate the labour law's capacity to face new concepts, new labour contracts and new dimensions of space and time and proposes a new paradigm for labour law to better face the digitalization's effects: that of Sustainable Development.

Keywords Labour law. Industry 4.0. Digitalization. Smart work. Platform Work. Crowdsourcing. Crouwd-working. Gig-workers. Globalization. Global Value Chain. Crisis. Labour Market. Subordination. Self-employment. Paradigm. Sustainable Development.

Sommario 1. Introduzione: diritto del lavoro e digitalizzazione. – 2. Il lavoro agile. – 3. Le piattaforme digitali. – 4. Gli effetti della digitalizzazione. – 4.1. … sul luogo e sull'orario di lavoro. – 4.2. … sulla qualificazione contrattuale. – 4.3 …sul mercato del lavoro e sulle relazioni industriali. – 5. Diritto del lavoro e digitalizzazione: un cambio di paradigma necessario.

Edizioni
Ca'Foscari

Open access
© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Cagnin, V. (2019). " Lavoro e diritto del lavoro alla prova della digitalizzazione". *Ricerche giuridiche*, 8(2), 47-62.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/02/003

1 Introduzione: diritto del lavoro e digitalizzazione

Il diritto del lavoro si è dimostrato, sin dalla sua nascita, un vero e proprio sismografo sensore delle tendenze, ovvero una materia molto sensibile alle trasformazioni sociali, istituzionali, economiche e culturali ed altrettanto malleabile ai nuovi contesti di volta in volta presentantesi, senza dover affrontare particolari rivoluzioni dogmatiche.

La crisi economica e finanziaria iniziata lo scorso decennio e la progressiva globalizzazione dei mercati hanno posto però la materia "*under fire*"[1], scatenando una serie di processi di de-regolamentazione, ovvero una progressiva riduzione della tradizionale legislazione inderogabile protettiva del diritto del lavoro, attuata sotto la continua spinta alla flessibilità e all'efficienza dell'economia. Una tale trasformazione della materia, così invasiva da poterla definire in termini di "mutazione genetica"[2], ha portato ad una vera e propria "crisi del diritto del lavoro[3]", mettendo a nudo la criticità di un sistema di diritto del lavoro tradizionale, per molti versi incapace di adeguare le proprie strutture cognitive e normative ad un contesto economico, sociale e culturale in profonda trasformazione[4].

Alla profonda destabilizzazione della materia[5] ha però pesantemente contributo anche l'imperversare dell'industria 4.0[6], della tecnologia e della digitalizzazione sulla produzione e sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, che risultano oggi sempre più slegate da ogni vincolo di tipo spaziale e temporale, come nel ca-

1 A. Goldin, *Some Defining Component of Labour Law Influx*, Pompeu Fabra University, Barcellona, 2013.

2 V. Speziale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 2.

3 L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, p. 330; A. Perulli (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2016, p. XLI.

4 R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, cit., p. 330; D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative, Relazione alle giornate di studio Aidlass 2017, Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Cassino, 18-19 Maggio 2017, p. 96; L. Corazza, R. Romei, *Il puzzle delle trasformazioni*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di L. Corazza e R. Romei, Bologna, 2014, p. 14.

5 Sul dibattito in merito ai timori di una crisi occupazionale per l'avvento dell'intelligenza artificiale e dell'automazione, si permetta il rinvio a P. Ichino, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, vol. 1, n. 4, pp. 561-562.

6 Sul tema della quarta rivoluzione industriale o Industry 4.0, ovvero il processo di digitalizzazione delle attività industriali: A. Salento, *Industria 4.0 ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, vol. 2, pp. 174 ss; M. Tiraboschi, F. Seghezzi, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, n. 2, 2016. F. Seghezzi, *Lavoro e relazioni industriali in Industry 4.0*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, vol. XXVI, n. 1, pp. 178-209. F. Seghezzi, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, ADAPT University Press, 2017.

so del lavoro agile e delle piattaforme.

È proprio partendo da queste due novità del mondo del lavoro digitale (lo *smart work* e le piattaforme digitali) che si intende proporre una riflessione più ampia sui principali effetti della digitalizzazione sul lavoro, sul rapporto di lavoro e sul mercato del lavoro, per interrogarsi sulla tenuta del diritto del lavoro in un nuovo contesto globale e digitalizzato, così lontano rispetto a quello in cui la materia è nata e si è sviluppata.

2 Il lavoro agile

Il lavoro agile, altrimenti definito "*smart work*" è stato introdotto dal legislatore ad opera dell'art. 18, co. 1, l. n. 81/2017, come misura volta a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro, «allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», ovvero nell'interesse duplice del lavoratore e dell'impresa[7].

La modalità di esecuzione del rapporto di lavoro dev'essere stabilita mediante accordo tra le parti[8], anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi ma con un forte elemento di novità: «*senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro*».

Più in particolare, con riferimento al luogo di lavoro, il legislatore prevede unicamente che la prestazione lavorativa debba essere eseguita «*in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa*». L'attività lavorativa non può essere svolta dunque interamente in un luogo esterno all'azienda (o intera-

7 Sul lavoro agile: E. Massi, R. Camera, *Il lavoro agile dopo la riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2017, vol. 28, p. 1727; L. Taschini, *Smart working: la nuova disciplina del lavoro agile*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, vol. 6, p. 38; V. Pinto, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I; G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2017, vol. 327; M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, vol. 4, pp. 921 ss; P. Rausei, *Tutto Jobs Act. Lavoro autonomo e smart work*, Milano, 2016; M. Lai, L. Ricciardi, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, p. 707 ss.; M. Lamberti, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo e A. Perulli, Torino, 2018; M. Lai, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, vol. 4, pp. 985 ss; M. Corso, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, vol. 4, pp. 978; L.M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, vol. 4, pp. 1041 ss.; A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018; G. Zilio Grandi, M. Biasi, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Milano, 2018.

8 Sulla particolarità della scelta legislativa di affidare il contenuto dell'accordo alle volontà delle parti, si permetta un rinvio al par. 4.2.

mente all'interno della stessa) ma si dovranno prevedere necessariamente dei momenti all'esterno ed alcuni presso l'azienda, presumibilmente per assicurare un certo coordinamento tra la prestazione svolta esternamente e l'organizzazione dell'impresa. Per quanto riguarda invece lo svolgimento dell'attività lavorativa "all'esterno dei locali aziendali", datore di lavoro e lavoratore potranno individuare un qualsiasi posto, anche diverso da quello del domicilio del lavoratore[9] (ad esempio una biblioteca, un bar, una caffetteria o uno spazio di *co-working*) che si possa ritenere idoneo allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Con riferimento invece ai tempi di lavoro, l'assenza di un vincolo di orario non vieta l'individuazione di una certa fascia oraria di reperibilità per l'opportuno coordinamento (e relativo controllo) del lavoratore[10]. L'unico limite posto dal legislatore riguarda il rispetto della "*durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*", ed il rispetto dei tempi di riposo. A tal fine le parti devono individuare "*le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*" (art. 19)[11], anche in virtù della porosità[12] sempre più evidente tra il tempo di lavoro ed il tempo di vita personale, ovvero della difficoltà di tracciare (e rispettare) i confini tra il tempo dedicato al proprio lavoro e quello riservato alla propria vita privata.

---

9 Il lavoro agile non dev'essere confuso con il telelavoro. Quest'ultimo, ai sensi dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004, in recepimento dell'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, costituisce "una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa". Si tratta dunque dello svolgimento dell'attività lavorativa "da remoto", senza la flessibilità in termini di spazio e orario prevista dal lavoro agile e senza alcuna autonomia contrattuale per le parti di definire tramite accordo forme e modalità dell'attività lavorativa. Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Lavoro etero-organizzato, lavoro etero-organizzato coordinato, agile e il telelavoro: WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 327/2017*.

10 Il controllo circa la presenza al lavoro del prestatore agile, fermo il diritto alla disconnessione, potrà essere riferito al rispetto di talune fasce di reperibilità rispetto all'orario di lavoro in essere presso l'azienda, al fine di assicurare momenti di coordinamento tra la prestazione "esterna" e l'organizzazione di impresa. Cfr. S. Mainardi, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo e A. Perulli, Torino, 2018, p. 219.

11 In Italia il diritto alla disconnessione non ha (ancora) una normativa di riferimento, mentre in Francia è stato già oggetto di regolamentazione da parte della Loi Travail dell'8 agosto 2016 (*Loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*). Per approfondimenti sul diritto alla disconnessione della Loi Travail, cfr. C. Mathieu, M.M. Péretié e A. Picault, *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, in *Revue de Droit du Travail*, 2016, p. 592.

12 Per un'analisi teorica del concetto di "time porosity" cfr. E. Genin, *Proposal for a Theorethical Framework for the Analysis of Time Porosity,* in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, vol. 32, n. 3, pp. 280-300.

3 Le piattaforme digitali

Oltre allo *smart-work*, la digitalizzazione ha introdotto nel mondo del lavoro le piattaforme digitali: un duplice strumento di intermediazione tra offerta e domanda di lavoro e di svolgimento della prestazione lavorativa.

Quando il lavoro è infatti svolto direttamente sulla piattaforma, nel mondo appunto "virtuale", si parla di "*crowd-working*": individui, organizzazioni ed imprese scelgono di affidare attività, servizi o questioni da risolvere ad una folla (*crowd*) di lavoratori, lanciando sulla piattaforma[13] l'offerta di lavoro ad una platea di lavoratori potenzialmente connessi da ogni parte del mondo, senza che vi sia alcun contatto umano o fisico tra i soggetti interessati allo svolgimento della prestazione[14]. Trattandosi nella maggior parte dei casi di attività semplici, brevi e per lo più ripetitive e scarsamente remunerate[15], il rischio del lavoro su piattaforma è quello di una svalutazione dell'attività umana, o di una mercificazione del lavoro[16], tant'è che non si parla più di "lavoro" in quanto tale ma di "*gigs*" o di "*tasks*", o addirittura di favori o di *microbusiness*, con i relativi trend di una progressiva informalizzazione della *gig-economy* (ovvero dell'economia "dei lavoretti")[17].

Quando invece il lavoro viene esternalizzato tramite la piattaforma ma svolto nell'encomia reale, si parla invece di "*crowd-sourcing*", un termine che unisce appunto le parole "*crowd*" (folla) e *outsourcing* (esternalizzazione), trattandosi infatti di mansioni che l'azienda (come nell'esempio della compagnia di food delivery di *Foodora* o nel ca-

13 Le piattaforme più famose sono *Amazon Mechanical Turk*, *Clickworker*, *Crowdflower*, *Microtask*.

14 Il che rende potenzialmente possibile "a milioni di individui di ogni razza e religione di lavorare assieme virtualmente azzerando ogni distanza fisica (scatenando peraltro un paradosso di prossimità sociale e distanza geografica)". Cit. U. Beck, *The Brave New World of Work*, Cambridge, 2000.

15 Il compenso medio di un lavoratore di *Amazon Mechanical Turk* è di 1.25 dollari per ora di lavoro. Cfr. A. Felstiner, *Working the Crowd: Employment and Labour Law in the Crowdsourcing Industry*, in *Berkeley J. Emp & Labour*, 2011, vol. 32, n. 1, p. 167.

16 Sulla "commodification of work", cfr. V. De Stefano, *The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy", in Conditions of work and employment series*, n. 71, International Labour Organization, Geneva, 2016.

17 V. Cagnin, *Gig-economy e il problema qualificatorio dei gig-workers; uno sguardo oltreconfine*, in *Lavoro autonomo nelle piattaforme*, a cura di A. Perulli, Milano, pp. 31-47; A. Aloisi, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour&Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 2, p. 17 ss.; A. Donini, *Il lavoro su piattaforme digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 164 ss; V. De Stefano, *Lavoro "su piattaforma" e lavoro non standard in prospettiva internazionale comparata*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, vol. 2, p. 241.

so del servizio di trasporto privato gestito da *Uber*) ha convenienza a esternalizzare per abbattere il costo del lavoro, pagando a cottimo e senza dover stipulare un contratto di lavoro stabile (subordinato e a tempo indeterminato) con chi svolge l'attività lavorativa nell'interesse del consumatore finale.

4 Gli effetti della digitalizzazione

La digitalizzazione è stata definita in termini di "un vero cambio di paradigma per il mondo del lavoro, consentendo alle imprese l'uso di strumenti di progettazione, produzione e cooperazione che corrispondono a modalità diverse di pensare, lavorare ed organizzare[18]".

Il lavoro agile, così come il lavoro tramite piattaforma, hanno infatti determinato una serie di novità (e relative crepe) per la disciplina giuslavorista, sia nel rapporto di lavoro – in virtù dell'affrancamento dell'attività lavorativa da vincoli spaziali-temporali (par. 4.1) e contrattuali (par. 4.2) – sia, più ampiamente, nel mercato del lavoro e nelle relazioni industriali (par. 4.3), alimentando quel percorso, già da tempo avviato, di progressiva "de-standardizzazione della disciplina[19]".

4.1 … sul luogo e sull'orario di lavoro

Se nel regime fordista, all'epoca della grande industria, lavoro e produzione risultavano indissolubilmente legati ad uno spazio od a un luogo fisico ben definito (la fabbrica, l'ufficio, lo studio o il distretto territoriale di produzione) le più recenti innovazioni tecnologiche hanno reso possibile una progressiva *de-spazializzazione*, ovvero un costante e profondo ridimensionamento dell'importanza dello spazio e del territorio (nonché delle distanze) rispetto all'attività lavorativa e alla produzione, con significativi risvolti per la materia giuslavorista.

Con riferimento per esempio alla produzione, grazie al collasso delle distanze reso possibile dalle nuove tecnologie, la frammentazione geografica dei processi produttivi – che in passato avveniva nel piccolo distretto – assume ora dimensioni mondiali ad opera delle cosiddette "catene globali del valore" (le cosiddette *Global Value Chain*). Questi colossi multinazionali organizzano la produzione di beni e servizi a livello mondiale in diverse fasi, localizzate in aree

18 V. Pontif, *Transformation numérique et vie au travail: les pistes du rapport Mettling,* in *Rev. Dr. Trav.*, 2016, p. 185 ss.

19 G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eteroorganizzato, lavoro eteroorganizzato coordinato, agile e il telelavoro*, cit.

spesso distanti migliaia di chilometri l'una dall'altra, attraverso una frammentazione geografica dei processi produttivi in paesi (a volte anche in continenti) diversi, ponendo però non pochi problemi per esempio relativamente alla difficoltà di individuare un centro di imputazione responsabile per il rispetto dei diritti sociali dei lavoratori ivi coinvolti o per le diseguaglianze di reddito generate nel mondo[20].

Con riferimento invece all'attività lavorativa in quanto tale, la digitalizzazione ha reso possibile la nascita e lo sviluppo progressivo di nuovi luoghi di lavoro virtuali (la piattaforma) e fisici: il lavoro agile, rimettendo alle parti la libertà di scelta del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, ha aperto la strada a nuovi fattori di "rischio ambientale" diversi da quelli normalmente affrontati in materia di salute e sicurezza nel luogo di lavoro o di telelavoro domiciliare[21], perché caratterizzati anche dalla potenzialità dell'attività *outdoor*, difficilmente valutabili in chiave prevenzionistica proprio perché legati ad ambienti che non sono tradizionali "ambienti di lavoro"[22].

Così, la stessa definizione di "luogo di lavoro", stabile, fisico e predeterminato dell'industria taylorista ancor oggi in uso per alcune mansioni svolte in presenza, è stata necessariamente affiancata da un nuovo "spazio di lavoro" fisico o virtuale, variabile e pre-determinabile.

La digitalizzazione ha avuto dei riflessi significativi sul mondo del lavoro anche in termini di *de-temporalizzazione*.

La nozione di "orario di lavoro" si adattava perfettamente all'organizzazione del lavoro tipica della grande industria e alla figura del lavoratore operaio del '900, quando, secondo l'organizzazione tayloristica, l'orario di lavoro risultava sia il principale criterio di misurazione e di determinazione della prestazione, sia uno strumento di controllo sull'adempimento da parte del prestatore di lavoro[23]. Se tale considerazione risulta ancora valida per la maggior parte delle mansioni che richiedono una presenza fisica del lavoratore, lo svincolo spaziale consentito al lavoratore agile e al lavoratore della piat-

20 V. Borghi, L. Dorigatti, L. Greco, *Lavoro e le catene globali del lavoro*, Roma, 2017; L. Greco, *Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore*, Roma, 2016.

21 Il riferimento è alla disciplina in materia di tutela di salute e sicurezza del luogo di lavoro, ai sensi del d.lgs. 81/08.

22 Sugli altri fattori connessi agli strumenti di lavoro (art. 18, c. 2, l. n. 81/2017), all'assicurazione INAIL contro gli infortuni sul lavoro (art. 23, co. 2) e alla tutela dell'infortunio in *itinere* (art. 23, co. 3), la disciplina specifica del lavoro agile detta norme pur sempre riconducibili per scelta del legislatore e per analogia, ai principi guida applicabili per la tutela del rapporto di lavoro subordinato.

23 Cfr. G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e idelogia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. dir.*, 1986, pp. 89-92; V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008; V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Bari, 2009; R. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986; P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, voll. 1-2, Milano, 1984.

taforma in virtù delle mutate esigenze lavorative ed imprenditoriali dell'industria 4.0, può rendere il concetto di "orario di lavoro" desueto e inadeguato.

Non dovendo rispettare forzatamente dei tempi scanditi dall'apertura o dalla chiusura di un cancello di una fabbrica o dal suono di una sirena per poter svolgere (e terminare) la propria attività lavorativa, il lavoratore gode oggi di una inedita libertà di auto-determinazione e di auto-organizzazione dell'attività lavorativa, potendo scegliere di lavorare in qualsiasi momento, a seconda anche delle esigenze personali di conciliazione vita-lavoro.

La portata della novità in esame impone però delle riflessioni sulla validità del concetto di orario di lavoro, in favore di un più ampio ed articolato concetto di "tempo di lavoro", che identificherebbe invece il periodo in cui il lavoratore dipendente offre la sua prestazione e assicura un'utilità all'organizzazione cui appartiene, andando ben oltre, quindi, i contorni dell'orario di lavoro, valorizzando quell'utilità organizzativa che diviene «*fondamento del valore del lavoro*» e che «*prescinde dal paradigma quantitativo del valore-tempo calcolato con la nozione di orario di lavoro effettivo*[24]».

4.2 … sulla qualificazione contrattuale

La digitalizzazione non si limita a destabilizzare alcune fondamenta del rapporto contrattuale di lavoro subordinato relativamente ai nuovi e più ampi concetti di "luogo" e di "orario" di lavoro, ma rende anche sempre più difficile, soprattutto con riferimento al mondo delle piattaforme, individuare sia la corretta qualificazione contrattuale di un rapporto di lavoro, sia l'individuazione della figura del datore di lavoro[25]: "gli abitanti della giungla della piattaforma sono abili nel negare la loro relazione con chiunque datore di lavoro o lavoratore"[26].

Nel lavoro su piattaforma per esempio, i *gig-workers* vengono spesso qualificati come lavoratori autonomi o para-subordinati (*independ-*

24 Cfr. V. Bavaro, *Produttività, lavoro e disciplina giuridica. Un itinerario sui tempi del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, vol. LX, 2.

25 S. Bini, *La questione del datore di lavoro nelle piattaforme*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi, p. 153 ss.; W. Däubler, T. Klebe, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, p. 471 ss.; R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 336/2017*, p. 5; L. Ratti, *Intorno al concetto di datore di lavoro. A proposito di The Concept of the Employer di Jeremias Prassl*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2016, vol. 2, p. 150 ss.

26 A. Lyon-Caen, *Plateforme*, in *Revue du Droit du Travail*, 2016, p. 301.

ent contractor, *independent workers*[27], *travailleurs indépendants*[28], o *workers*[29]), nonostante molto spesso essi svolgano il lavoro in condizioni di subordinazione (e quindi rivendicano lo stato di *employees*)[30]. La piattaforma infatti, nonostante i poteri organizzativi, gestionali e di controllo esercitati nei confronti dei lavoratori (tipici del datore di lavoro), mira ad evitare l'applicazione della disciplina giuslavorista ed ogni relativa responsabilità in termini economici, regolativi e contributivi, rivendicando il ruolo di semplice intermediario tra l'offerta di lavoro e la domanda di lavoro e non, al contrario, quello di datore di lavoro di chi svolge l'attività lavorativa nell'interesse del consumatore finale.

La complessità della questione, derivante per lo più dalla varietà dei meccanismi, delle regole e dei contratti utilizzati dalle diverse piattaforme, è dimostrata dalla discontinuità giurisprudenziale verificatasi nel mondo nel corso degli ultimi anni in tema di qualificazione del rapporto di lavoro instauratosi tra piattaforme digita-

27 L'*independent worker* è una categoria intermedia tra l'*employee* (lavoratore subordinato) ed il *self-employed* (lavoratore autonomo). Sul punto, S.D. Harris, A.B. Krueger, *A Proposal for Modernizing Labour Laws for Twenty-First-Century Work: The Independent Worker,* in *The Hamilton Poject, Discussion Paper*, dicembre 2015.

28 Cfr. Art. 60 della "Loi Travail" (l. 8.8. 2016, n. 1088) che qualifica i lavoratori tramite piattaforma come "*travailleurs indépendants*" (Art. L. 7341-1, Code du travail).

29 Il *worker* è una categoria intermedia tra subordinazione e autonomia, alla quale vengono riconosciute alcune tutele tipiche del lavoratore subordinato come il salario minimo legale, le limitazioni in materia di orario di lavoro massimo settimanale, le ferie pagate e la tutela antidiscriminatoria, ma non gode ad esempio della protezione in caso di licenziamento illegittimo. Sul tema, M. Biasi, *Uno sguardo oltre confine: i "nuovi lavori" della gig economy,* in *Labor Law Issues*, vol. 4, n. 2, 2018; G. Davidov, *Who is a worker?,* in *International Law Journal,* 2005, 1, 57 ss; D. Cabrelli, *Uber e il concetto giuridico di "worker": la prospettiva britannica (nota a sentenza del London Employment Tribunal 28 ottobre 2016, Aslam & Farrar v. Uber B.V.),* in *Dir. rel. ind.*, 2017, vol. 2, p. 575.

30 A. Perulli, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber,* in *Riv. giur. lav.*, 2017, vol. 2, n. 1, p. 195 e ss; P. Ichino, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, vol. 2, p. 294 e ss; T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della gig-economy,* in *Lav. dir.*, 2017, vol. III/IV, p. 367 e ss.; P. Loi, *Il lavoro nella gig-economy nella prospettiva del rischio*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, vol. 2, p. 259 e ss.; J. Prassl, M. Risal, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori di lavoro,* in *Riv. giur. lav.*, 2017, vol. 2, p. 219 e ss; V. De Stefano, *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork and Labour Protection in the "Gig-Economy"*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2016, XXXVII, p. 471 e ss; M. Biasi, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione- autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie,* in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi, Milano, 2018, p. 67 e ss.; A. Todol í-Signes, *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2017, vol. 32, n. 2, p. 244; O. Razzolini, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, vol. XXIV, n. 4, pp. 974-998.

li e lavoratori[31].

La mancanza di un indirizzo giurisprudenziale univoco solleva però un'altra questione importante del diritto del lavoro del nuovo millennio, ovvero la crisi (datata) della nozione giuridica di subordinazione[32] e, di conseguenza, l'inattitudine della storica dicotomia autonomia – subordinazione in tema di qualificazione contrattuale. La difficoltà (talvolta l'impossibilità) di ricondurre chiaramente un contratto di lavoro alla sfera dell'autonomia o a quella della subordinazione è riconducibile per lo più alla sempre più crescente promiscuità tra gli elementi dell'autonomia e quelli tipici della subordinazione nelle nuove figure contrattuali dell'era digitale.

Un esempio è rinvenibile anche con riferimento alle novità di cui al lavoro agile: la regolazione del lavoro tramite accordo bilaterale (e non tramite legge o accordo collettivo), l'assenza di un orario di lavoro e la mancanza di una postazione fissa all'interno dell'azienda, sono recepiti da tempo, in giurisprudenza, come indici utili ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro nella sfera dell'autonomia. Quest'ampia discrezionalità contrattuale riconosciuta alle parti, del tutto inedita per il lavoratore subordinato "classico" di cui al 2094 c.c., rivela l'intenzione del legislatore di non considerare più il lavoratore la parte debole del rapporto contrattuale ma, piuttosto, come un soggetto dotato di autonomia decisionale in grado di contrattare ad armi pari con il datore di lavoro sia l'elasticità temporale sia la mobilità del luogo di lavoro[33]. Una tale definizione consensuale dimostra un nuovo spazio – del tutto inedito – di autonomia e libertà per il lavoratore subordinato solitamente riconducibili al lavoratore autonomo.

Proprio per questo motivo il legislatore, onde evitare ogni possibile interpretazione scorretta, riconduce già nel testo legislativo il lavoro agile alla sfera della subordinazione, promuovendo "il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato[34]", così da placare ogni possibile discussione dottrinale (del tutto legittima) sulla possibile riconduzione del lavoro agile all'una

31 Per un commento delle sentenze più significative in tema di qualificazione di lavoro tra piattaforme digitali e prestatori negli ordinamenti inglese e francese, si permetta il rinvio a A. Donini, *La libertà del lavoro sulle piattaforme digitali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, vol. 2, p. 64 ss..

32 Su cui vedi già le notazioni critiche di A. Supiot, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, 2001.

33 Un tale accordo peraltro non si limita a definire le sole modalità di svolgimento dell'attività lavorativa ma "disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro" (art. 19, co. 1), nonché il potere di controllo e disciplinare (art. 21) del datore di lavoro sulla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali (salvi i limiti inderogabili posti dall'art. 4 l. n. 300/1970).

34 Art. 18, co. 1, l. n. 81/2017.

o all'altra sfera della dicotomia autonomia-subordinazione o ad una nuova, autonoma, tipologia contrattuale[35].

4.3 *... sul mercato del lavoro e sulle relazioni industriali*

I nuovi metodi di produzione su scala globale (virtuale o reale) comportano una *de-territorializzazione* del mercato del lavoro[36]: «*a sort of work realm which is stretched tight across the gap between what constitutes local and global*»[37].

Questa nuova dimensione del mercato del lavoro senza confini crea innanzitutto una competizione a livello globale tra i lavoratori: il *crowd-working*, in particolare, permette alle imprese di assegnare l'esecuzione dei lavori in *outsourcing* ad una folla "(crowd") di lavoratori, potenzialmente connessi da ogni angolo del mondo, e che risultano, al tempo stesso, fautori[38] e protagonisti di una concorrenza "sociale"[39].

In aggiunta, la parcellizzazione del mercato del lavoro digitale ha reso possibile la consolidazione "di un circuito alternativo dell'incontro tra domanda e offerta dove s'instaurano preferibilmente relazioni di carattere orizzontale (c.d. *peer-to-peer*) o del tutto prive di schemi formali o dispositivi di regolazione"[40], rendendo così difficile già l'individuazione stessa di un rapporto di lavoro, a prescindere da ogni altra opportuna considerazione sul luogo, sul tempo o sulla natura contrattuale dell'attività lavorativa.

Su altro fronte, vale la pena ricordare come il passaggio da un mercato del lavoro per lo più locale ad un mercato del lavoro globale implichi di fatto una disintermediazione dell'azione collettiva e delle relazioni industriali, in virtù della progressiva individualizzazione del rapporto di lavoro ad opera della digitalizzazione.

Il tradizionale modello di aggregazione basato sulla sintesi degli interessi individuali sembra infatti difficilmente conciliabile con le

35 Per approfondimenti, O. Razzolini, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, cit.

36 G. Mundlak, *De-Territorializing Labour Law, in Journal of Law & Ethics of Human Rights*, 2009, vol. 3, pp. 188-222.

37 U. Beck, *An introduction to the Theory of Second Modernity and the Risk*, London, 2013, p. 112.

38 Se la piattaforma propone un lavoro di traduzione offrendo un compenso di 1 dollari l'ora, il lavoratore pakistano sarà più propenso ad accettare l'offerta di lavoro rispetto ad un lavoratore italiano.

39 M. Rigaux, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de l'égalité de l'homme au travail (re)mis en couse*, Paris, 2009, p. 8 ss.

40 P. Tullini, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Labour&Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 2, p. 6.

dinamiche dell'industria 4.0, che, promuovendo forme di individualizzazione e disintermediazione, determina un affievolimento della capacità attrattiva del sindacato, tra l'altro già affaticato da una persistente crisi di rappresentatività[41]. Diversi sono i profili di criticità aggiunti dalla digitalizzazione: l'assenza di riferimenti fisici e geografici dei lavoratori *on demand*, la disintermediazione nei rapporti di lavoro, la dimensione internazionale e la scarsa comunicabilità tra i vari sindacati nazionali, la difficoltà di individuare settori produttivi riferiti all'economia digitale in virtù della trasversalità delle piattaforme digitali e delle catene globali del valore e la difficoltà, ancor maggiore di individuare delle categorie professionali precise (stante l'eterogeneità delle prestazioni lavorative coinvolte), rende sempre più frammentata l'organizzazione sindacale.

5 Diritto del lavoro e digitalizzazione: un cambio di paradigma necessario

Il diritto del lavoro del secolo scorso si è strutturato in un tessuto produttivo, in un mercato del lavoro ed in un sistema di relazioni industriali molto diverso rispetto a quello attuale. Le conseguenze della digitalizzazione sul lavoro e sul mercato del lavoro dimostrano infatti ai più «l'incapacità di un diritto del lavoro tradizionale di adeguare le proprie strutture normative e cognitive a un nuovo contesto economico, sociale e culturale in profondo cambiamento[42]».

L'abbattimento dei corsi di transazione, l'eliminazione delle distanze fisiche e geografiche, la connessione simultanea, l'uscita massiva del lavoro dalla sfera della subordinazione, la moltiplicazione dei contratti atipici, la forte concorrenza tra lavoratori anche residenti in Paesi molto distanti tra loro, la nascita di nuovi concetti di spazio e tempo, la maggior autonomia riconosciuta al lavoratore subordinato (da sempre considerato parte debole del contratto di lavoro), sono solo alcune delle novità imperversanti della digitalizzazione, tutte imperniate attorno al concetto di "flessibilità": flessibilità nella

41 Sulla crisi di rappresentatività dei sindacati, R. Santucci, L. Zoppoli (a cura di) *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2002; M. Persiani, *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1; A. Lassandari, *Problemi e ricadute della contrattazione separata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 323; E. Gragnoli, *Il sindacato in azienda, la titolarità dei diritti sindacali e la crisi del modello dell'art. 19 della legge 300 del 1970*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 587; V. Bavaro, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nell'evoluzione delle relazioni industriali*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, p. 31; B.S. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 206/2014*.

42 R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Risistemare il diritto del lavoro…*, a cura di L. Nogler e L. Corazza, cit., p. 330.

scelta del luogo di produzione, flessibilità nel definire il tempo ed il luogo di svolgimento della prestazione di lavoro, flessibilità nel qualificare i rapporti di lavoro tramite contratti atipici, flessibilità nel contrattare il contenuto di un contratto di lavoro, flessibilità, ancora, nell'evadere dalle responsabilità del datore di lavoro tramite la previsione di contratti contenenti obbligazioni reciproche in accordo tra utente, committente e piattaforma.

Se il verbo della flessibilità costituisce la cifra del passaggio di un diritto del lavoro dell'era industriale ad un diritto del lavoro dell'era digitale, risulta opportuno ri-equilibrare l'evoluzione normativa in atto tramite un cambiamento di paradigma che permetta di rileggere la disciplina giuslavorista, riscoprirne i valori fondanti e recuperarne la legittimità perduta[43].

Un cambio di paradigma consentirebbe di apporre nuove lenti al legislatore, al giudice e all'interprete, fornendo una nuova chiave di lettura che permetta da un lato l'arresto del processo deregolativo della materia e dall'altro, al contempo, un'opportuna ri-legittimazione. E lo Sviluppo Sostenibile, sul punto, potrebbe risultare il paradigma di riferimento più indicato.

Questo paradigma si basa infatti su due considerazioni principali: i) lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la protezione ambientale (ovvero i pilastri dello sviluppo sostenibile) sono ugualmente importanti, interdipendenti e si rafforzano a vicenda; ii) lo sviluppo si basa sulla solidarietà tra le generazioni presenti e tra generazioni presenti e future, potendosi definire sostenibile quello sviluppo che «soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri[44]».

L'assunzione di un tale paradigma a stella polare per il diritto del lavoro comporterebbe un'adeguata promozione dei diritti sociali, perché finalmente considerati come necessari per lo sviluppo generale e non solamente limitativi degli interessi economici: una tale considerazione potrebbe dunque portare ad una maggior considerazione degli stessi, anche al di là dello schema tipico contrattuale della subordinazione sindacalizzata dove risultano spesso confinati.

---

43 In dottrina da qualche anno si è iniziato a discutere sulla necessità di un cambio di paradigma per la materia. Su tutti, A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi, Decreti Legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, a cura di A. Perulli e L. Fiorillo, Torino, 2015; V. Cagnin, *Diritto del Lavoro e Sviluppo Sostenibile*, Milano, 2018; L. Zoppoli, *Le fonti (dopo il jobs act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. Mazzotta, Torino, 2017, p. 14; F. Carinci, *Licenziamento e tutele differenziate*, in *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. Mazzotta, cit., p. 119.

44 United Nations, *Report of the World Commission on Environment and Development*, 1987.

Al tempo stesso, lo sviluppo sostenibile potrebbe risultar utile nel recuperare alcuni valori fondativi del diritto del lavoro, come l'equità e la solidarietà, al fine di ridurre le crescenti disuguaglianze tra lavoratori autonomi e subordinati, tra lavoratori della piattaforma e lavoratori dell'economia reale, tra lavoratori agili e lavoratori in presenza, tra lavoratori sindacalizzati e lavoratori privi di sindacato, tra lavoratori distanti geograficamente o ancora tra i lavoratori di diverse generazioni.

Queste linee guida potrebbero portare infatti il legislatore all'elaborazione di nuove norme "sostenibili", più adatte al contesto digitale ed ad una giusta interpretazione delle norme esistenti, riconsiderando in generale l'importanza dei diritti sociali come diritti umani e non più come beni sociali sussidiari che possono essere sacrificati se ostacolano la crescita economica[45].

Un altro passo necessario per una rimodulazione del diritto del lavoro, in linea con l'applicazione di un'universalità dei diritti e della solidarietà tra i lavoratori proposta dallo Sviluppo Sostenibile, è l'uscita dal "*tropisme travailliste*" che riduce il diritto del lavoro a diritto del lavoro subordinato, richiamando, ad esempio, l'idea di "*un droit de l'activité*". Secondo la proposta di Alain Supiot, basata sulla dimensione personale di ogni attività lavorativa, si dovrebbe parlare di un "diritto del lavoro" *tout-court*, senza alcun aggettivo che ne limiti l'applicazione. Un esempio da seguire è la soluzione data dalla Legislazione francese (Loi Travail, art. 60), che ha dato una risposta all'esigenza di normare il lavoro su piattaforma incentrata su diritti e tutele essenziali, senza la pretesa di definire legalmente il lavoratore digitale e abbandonando le rigide categorie tradizionali[46].

Al tempo stesso, si tratterebbe, a livello internazionale, di includere i lavoratori non standard nel processo di contrattazione collettiva, ad esempio, riconoscendo loro legalmente il diritto di organizzarsi o contrattare collettivamente, facilitando la capacità dei sindacati di essere considerati rappresentativi nei settori che impiegano un'elevata percentuale di lavoratori atipici e promuovendo azioni per organizzare e rappresentare collettivamente i lavoratori con impieghi non standard [47].

L'adozione del paradigma dello Sviluppo Sostenibile dovrebbe quindi portare ad una revisione delle condizioni di accesso e della condizionalità delle protezioni sociali: ciò di cui i lavoratori digitali

45 T. Novitz, *Core labour standards conditionalities: a means by which to achieve sustainable development?, in International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, edited by J. Fandez and C. Tan, Cheltenham, 2010, p. 237.

46 A. Jammaude, *Uber, Deliveroo: requalification des contrats ou denunciation d'une fraude à la loi*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2017, vol. 178, 4 September, p. 4 ss.

47 ILO, *Non-standard employment around the world, Understanding challenges, shaping prospects*, Report, Ginevra, Novembre 2016.

hanno bisogno è una sorta di nocciolo duro delle tutele di base, slegate da ogni tipo di qualificazione contrattuale. In questo senso, dovrebbero venir valorizzati gli standard di trattamento di base[48], che corrispondono alla nozione di lavoro dignitoso data dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro[49]: l'evoluzione del lavoro e quella del mercato del lavoro diversificano le forme di lavoro ed è quindi importante individuare alcune regole e diritti fondamentali per il lavoratore, qualunque sia la sua qualifica giuridica, tutelando la dignità di chi svolge una qualsiasi prestazione lavorativa. Il lavoro dignitoso, infatti, «produttivo, in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità umana[50]» è considerato ad esempio uno degli strumenti utili per raggiungere uno Sviluppo Sostenibile e quindi un'applicazione fondamentale di questo paradigma al diritto del lavoro.

L'adozione dello Sviluppo Sostenibile come nuovo paradigma dovrebbe quindi essere considerata come il passo fondamentale dell'era postmoderna per adattare il diritto del lavoro al nuovo contesto sociale, economico e digitale e recuperare così la sua discussa legittimità, dimostrando la tenuta della materia ai processi di digitalizzazione.

48 T. Treu, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 371/2018,* p. 15.

49 La Dichiarazione dell'ILO sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008 istituzionalizza il concetto di lavoro dignitoso elaborato dall'ILO a partire dal 1999, ponendolo al cuore delle politiche dell'Organizzazione per il raggiungimento dei propri obiettivi costituzionali.

50 Organizzazione Internazionale del Lavoro, Dichiarazione dell'ILO sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, Ginevra, 2008.

Papers

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2 – Dicembre 2019

3D Printing, a Bridge Between the World of "Bit and Atoms"

Mirco Caeran
Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract This article examines the 3D printing (or AM technology), a groundbreaking technology which has been object of growing interest in the last decades, capable of creating goods and objects from nowhere thanks to a particular process that will be explained in the following paragraphs. The purpose of this essay is to draw the attention to the significant legal consequences that AM technology might produce, as far as production and consumption methods are concerned. And besides, other legal issues will be taken into consideration, as the impact of this technology on the subjects involved in the process and their juridical position.

Keywords 3D printing.AM Technology.Law & Technology.Civil liability.Product liability

Summary Introduction. – 1. Preliminary concepts. – 2. An evolving economic paradigm. – 3. New subjects and new categories or modification of the existing ones? – 4. The right between atoms and bits. – 5. Producer and consumer, seller and buyer. – 6. The supplier. – 7. The seller. – 8. The hobbyst. – 9. Regulation. – Conclusions

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Caeran, M. (2019). "3D Printing, a Bridge Between the World of 'Bit and Atoms'". *Ricerche giuridiche*, 8(2), 65-88.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/02/004

1 Introduction

The 3D printer firstly appeared more than three decades ago. Its operating principle is very easy: independently of the model in use, a 3D printer can create objects from nothing, through the overlapping of several layers of different materials, according to the instructions given by a digital project called CAD file.

There seem to be endless possibilities: from the realization of small plastic objects to the creation of human organs.

AM technology has the potential to become a disruptive technology capable of modifying the way in which consumer goods are designed, produced, distributed[1].

The most groundbreaking and complicated aspect to accept is the transformation of the bit that becomes atom, and the computer data that become material. By accepting this, it becomes analogously necessary to reassess the traditional legal categories dealing with the individuals involved in the production and consumption chain.

This paper lays the groundwork for further reflections on other legal issues related to AM technology, especially those related to civil liability[2] and the protection of intellectual property[3].

Indeed, interpreters and scholars must be acquainted with the phenomenon and understand how and to what extent the existing law can already provide the solutions needed.

However, this process needs the intervention of the European legislator. The creation of common definitions and standards will give to the operators of all European countries the freedom to move within a defined legal area, in order to experiment and evolve progressively, for the benefit of the whole community.

2 Preliminary Concepts

According to ASTM[4]: the "Additive manufacturing (AM), also known as 3D printing, uses computer-aided design to build objects layer

1 See C. Galli, A. Zama, *Stampa 3D. Una rivoluzione che cambierà il mondo?*, Bologna, 2014.

2 See E. Lindenfeld, J.L. Tran, *Strict Liability and 3D-Printed Medical Devices*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 2015, vol. 17, pp. 1-4; A. Parziale, G. Comandé, *Stampa 3D e fab-lab tra quarta rivoluzione industrial e rischi di danno: il ruolo della responsabilità civile*, in *Opinio Juris in Comparatione, Studies in Comparative and National Law*, 2018, vol. 1, n. 1, p. 1 ss.

3 For further readings see C. Galli, A. Contini, *Stampanti 3D e proprietà intellettuale: Opportunità e problemi*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, vol. 3, p. 115 ss.

4 ASTM International, known as American Society for Testing and Materials, is globally recognised as a leader in the development and exchange of technical standards for

by layer. This contrasts with traditional manufacturing, which cuts, drills, and grinds away unwanted excess from a solid piece of material, often metal"[5].

In other words: while traditional manufacturing methods are based on the realization of an object through drilling and cutting operations on a block of starting material, the AM is based on the overlapping of material in layers[6].

The 3D printer starts from bits to create atoms[7]. As a matter of fact this technology is based on the production of objects starting from a computer design file, named CAD file, which transfers the needed information to the printer[8]. Everyone can create a CAD file from scratch by using a software[9] or otherwise scanning an object through a 3D scanner while a software converts it all into a special format file that can be read by the 3D printer[10].

The 3D printer is currently used in several sectors. Those which seem to be the more profitable areas are: aerospace industry, biomedicine and consumer market[11].

The 3D printer, whether for personal or industrial use, offers an amount of benefits that are foreclosed to the traditional production

materials, products, systems and services.

For a general background of the subject of this paper see also Chui Ki Venus Ma, *3D Printing and the Law*, in *Intersect*, 2017, vol. 11, n. 1, pp. 1-23; A. Moir, A. Dempster, R. Montagnon, D. Bennett, R. Woods, *Focus: The legal implications of an emerging new technology*, in *PLC Magazine, Practical Law*, 2016, June, pp. 1-3; C. Anderson, *Makers: The New Industrial Revolution*, New York, 2012; M. Hatch, *The Maker Movement Manifesto: Rules for Innovation in the New World of Crafters, Hackers, and Tinkerers*, New York, 2013; M. Hatch, *The Maker Revolution, Building a Future on Creativity and Innovation in an Exponential World*, New York, 2018.

5 T. Wohlers, *Wohlers Report 2011: Additive Manufacturing and 3D Printing, State of the Industry*, 2011. *https://www.wohlersassociates.com/2011report.htm?*.

See also European Parliament, Committee on Legal Affairs, "*Working Document: Three-Dimensional Printing, a Challenge in the fields of Intellectual Property Rights and Civil Liability* (2017), *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE612.302&format=PDF&language=EE&secondRef=01*.

6 R. Tacconi, *Economia, produzione, responsabilità civile: una nuova frontiera, le stampanti 3D - prima parte*, 2014, p. 5, *https://www.assinews.it/06/2014/economia-produzione-responsabilita-civile-una-nuova-frontiera-le-stampanti-3d-prima-parte/550023887/*.

7 L.S. Osborn, *Regulating Three-Dimensional Printing: The Converging Worlds O Bits And Atoms*, in *51 San Diego Law Review*, 2014, vol. 51, p. 553 s.

8 H. Lipson; M. Kurman, *Fabricated: The New World of 3D Printing*, New York, 2013, p. 85.

9 H. Lipson; M. Kurman, cit., p. 87.

10 See D. Mendis, *In Pursuit of Clarity: The Conundrum of CAD Software and Copyright – Seeking Direction Through Case Law*, in *European Intellectual Property Review*, 2018, vol. 40, n. 11, p. 694.

11 See F. Menghini, *Industria 4.0. Imprese e distretti nella web economy*, Firenze, 2018.

method[12].

AM technology sounds promising in terms of "local manufacturing model", in which products are made on demand in the place where they are needed, eliminating the massive inventories and the logistic costs aimed at transporting large volumes of products all over the world. The production lines and logistic chains can be delocalized, eliminated or reduced, through the realization of the final product or its components[13]. On the other hand, this new technology shows a few limits as well. The main ones are slowness (an object can be realised in few minutes to some hours, if not even days); solidity of the final product; the still quite high costs of machines and materials; reduced efficiency for mass production and poor resolution. However, it is to believe that technological progress and time will solve

12 *The Free Beginner's guide to 3d printing* (2014). *http://3dprintingindustry.com/3d-printing-basics-free-beginners-guide/*; Accenture Technology, *3D printing's disruptive potential*, 2014, *https://www.accenture.com/t20150523T041952__w__/us-en/_acnmedia/Accenture/Conversion-Assets/DotCom/Documents/Global/PDF/Industries_14/Accenture-Disruptive-Potential-3D-Printing.pdf*; B. Berman, *3-D printing: The new industrial revolution*, in *Business Horizons*, 2012, vol. 55, n. 2, p. 155; Deloitte llp, B. Grynol, *Disruptive manufacturing: The effects of 3D printing*, 2013, *https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/insights-and-issues/ca-en-insights-issues-disruptive-manufacturing.pdf*; A. Sisson, S. Thompson, *Three Dimensional Policy: Why Britain needs a policy framework for 3D printing*, in *Big Innovation Centre*, 2012, p. 13, *https://www.biginnovationcentre.com/wp-content/uploads/2019/07/BIC_THREE-DIMENSIONAL-POLICY_16.10.2012.pdf*; S. Zhang, *Location Analysis of 3D Printer Manufacturing Industry*, Master Thesis, 2014, Columbia University, p. 12, *https://academiccommons.columbia.edu/download/fedora_content/download/ac:175484/content/ZhangShichen_GSAPPUP_2014_Thesis.pdf*.

The main advantage over the traditional industrial production method is that, thanks to a layered production process, it is possible to obtain easy access to the internal parts of the object and to reach the desired shape through a careful computer programming[2]. The application of this method allows to attain shapes that are more complex and intricate than those achievable with subtractive production.

See C. Klahn, B. Leutenecker, M. Meboldt, *Design for Additive Manufacturing - Supporting the Substitution of Components in Series Products*, in *Procedia CIRP*, 2014, vol. 21, p. 138 ss.; S. Hällgrena, L. Pejrydb, J. Ekengren, *(Re)Design for Additive Manufacturing*, in *Procedia CIRP*, 2016, vol. 50, p. 246 ss.; P.C. Priarone, G. Ingarao, V. Lunetto, R. Di Lorenzo, L. Settineri, *The role of re-design for Additive Manufacturing on the process environmental performance*, in *Procedia CIRP*, 2018, vol. 69, p. 124 ss.

A further advantage consists on the "mass personalization", intended as the ability of personalizing products in accordance with the subjective necessities. As far as the manufacturing industry is concerned, as the production volumes are medium-low, AM technology can eliminate the need for production-functional tools (as moulds). In this way, costs, time and work can be reduced, since the process is "single tool" and does not require moulds, instrumentation replacement and parts assembly. The 3D Printer is standing out as an efficient technology also from the environmental point of view. Firstly because it is possible to process the used materials in almost all (up to 90%), thus reducing industrial waste. Secondly, because a significant reduction of climate-altering gases can be achieved, such as CO_2 and CH_4. For further critical details see also: R. Olson, *3-D Printing: A Boon or a Bane?*, in *The Environmental FORUM*, 2013, vol. 30, n. 6, p. 34.

13 M. Koch, *3D Printing: The Revolution in Personalized Manufacturing*, Minneapolis, 2017, p. 83.

these problems[14].

3 An evolving economic paradigm

Early as February 2011 "The Economist" observed some features of the 3D printer, including that of making it cheap to print thousands of objects, so that economies of scale would be undermined[15].

From the manufacturing point of view this technology has the potential to modify the entire economic paradigm existing: both means and production sites may be altered by this new technology. The level of complexity of a product will no longer affect its cost. Customization will become a standard and any product could be comfortably made at home.

A breakthrough technology as the 3D printer will probably, in a few decades, change forever the way consumers and manufacturers buy and sell goods[16].

At present, in literature, there are three possible scenarios[17]:

- In-home 3d printing: model for which everyone could own a 3D printer similar to today's 2D printer, very common in our homes. People would have the possibility to print anything anywhere. The products would be tailored, individually designed and available at low prices. Files may be available in open-source or paid platforms.
- Print Shops: sophisticated 3D printers could be provided by local distributors as a paid service. Consumers could send their files to the shop or choose among the products available in the shop itself. Another possibility would be to supply 3D scanners to scan products in order to digitalize and print them: after all this is what we currently call "photocopy".
- Factories: the final product could be produced in a single process using high-tech and specialized 3D printers. The assembly, transport and distribution chains would be significantly reduced, not to mention the strong possibility of customization.

The industrial revolution has begun: manufacturing will go back from

14 For further reading see A. Council, M. Petch, *3D printing, The rise of the 3rd industrial revolution*, 2013, Giges 3D.

15 *Print me a Stradivarius, The manufacturing technology that will change the world*, in *The Economist*, 2011, vol. 2, p. 12. See also *The Third Industrial Revolution, The digitisation of manufacturing will transform the way goods are made - and change the politics of jobs too*, in *The Economist*, 2012, p. 4.

16 *Print me a Stradivarius, ibid.*

17 *Print me a Stradivarius, ibid.*; A. Sisson, S. Thompson, *Three Dimensional Policy: Why Britain needs a policy framework for 3D printing, op. ult. cit.*

large production volumes to individualized custom-made units. Production will be in local sites, reducing the need for expensive transport or ensuring savings on processing[18]. According to D'Aveni: "Economic operators through the entire retail, production and distribution chain will have to reconsider their strategies and operations[19]". Production will enter the private space, creating a new perception of the workplace and staff[20].

Today the traditional distribution chain requires the presence of a designer, a manufacturer and a retailer[21]. Each role of the chain influences the next stage: the designer provides the project to the manufacturer, who makes the product for the distributor, who eventually sells it to the consumer. Each depends on the other to meet the consumer's demand and at each step some resources are needed to enable the fulfilment of its purpose: the producer not only has to realize the product, but he must also have all the necessary tools and materials. Furthermore, he must have the means of production and produce goods to meet industrial standards: he is fully aware that he may be responsible for the losses and damages caused by a defective product, and for this reason (he carries out) periodic tests are carried out.

The "In-home printing" inserts the consumer in the distribution chain, leading specifically to the fusion of two elements of it. Two are the feasible scenarios to consider in relation to this issue:

Scenario 1: The consumer designs and prints his project. In this case, the consumer becomes designer, builder, consumer, merging in himself all the subjects of the distribution chain. The role of the distributor is instead expunged.

An ambiguous hypothesis happens when the subject downloads from internet the CAD (for example from an online community), then it is personalized and printed. All this makes the role of the designer complex: it is not clear what level of customization is required to transform the one who downloads in the designer of that particular project[22].

Scenario 2: the consumer downloads the CAD file and prints the product at home. This model has three core components: the first is

18 A. Council, M. Petch, *3D printing, The rise of the 3rd industrial revolution*, *op. ult. cit.*

19 R. D'Aveni, *3D printing will change the world*, in *Harward Business Review*, 2013, vol. 91, n. 3, p. 34.

20 K. Pierrakakis, M. Kandias, C.D. Gritzali, D. Gritzalis, *3D Printing and its Regulation Dynamics: The World in Front of a Paradigm Shift*, 2014, vol. 5, *https://www.infosec.aueb.gr/Publications/ICIL-2014%203D%20Printing.pdf.*

21 I. Stewart, T.T. Wohlers, *Rewriting the Rules: Additive Manufacturing Creates New Rules for Product Liability*, 2011, Litigation Management.

22 I. Stewart, T.T. Wohlers, cit.

the designer providing the project; the second is the website hosting the project, which acts as a retailer; the third is the consumer who is merged with the figure of the producer[23].

In both scenarios, the distribution chain turns out to be simplified.

The existence of open-source CAD communities makes product traceability more difficult. As Frandsen describes: "An open source software is a model of production and development of a product that is characterized by free access and distribution of the design and implementation details"[24]. This lack of traceability represents a significant risk to the quality control of goods. However, for the moment, no standard or norm for in-home 3D printing has been established[25].

The maker market has in fact generated a real distribution chain[26]. This new production model has developed from hobbyists who upload and share CAD files in websites, allowing others to download and modify projects. Once on the internet, the CAD can be distributed worldwide[27], for a fee or free depending on the website[28]. However, in spite of companies, which focus on safety and carry out tests for this purpose, home-made objects do not suffer the same fate: the consumer who decides to take on the role of the producer bears the risk of the lack of control over the product.

Obviously, the 3D printer could also remain only within the industrial world. Let us think about subcontracting: an entrepreneur could sell a cad file to another entrepreneur, in order to make the latter print the product, defining by contract the details of this activity, from the number of copies to the material to use.

23 I. Stewart, T.T. Wohlers, cit.

24 H.J. Frandsen, *A Commercial Perspective on Open Source Hardware - An Interdisciplinary Law and Management Investigation of the Personal 3D Printing Industry*, in *SSRN Electronic Journal*, 2012, *https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2285055*.

25 A. Harris, *The Effects of In-home 3D Printing on Product Liability Law*, in *Journal of Science Policy & Governance*, 2015, vol. 6, n. 1.

26 T. Wohlers, T. Caffrey, *How Additive Manufacturing Can Change Industry As We Know It*, 2013.

27 M. Weinberg, *It Will be Awesome If They Don't Screw it Up: 3D Printing, Intellectual Property, and the Fight Over the Next Great Disruptive Technology,* 2010, Public Knowledge.

28 D.R. Desai, G.N. Magliocca, *Patents, Meet Napster: 3D Printing and the Digitization of things*, in *Geo. LJ*, 2013, vol. 102, p. 1691. *https://ssrn.com/abstract=2338067*.

4 New subjects and new categories or modification of the existing ones?

Since law has born in order to give answers to social matters, it is first of all necessary to identify the kind of problem, so that it is then possible to understand if the novelties can be approached with the legal instruments already in use and, just after this, starting to think of a system innovation. The main problem with the standardization of technological phenomena is the legal instruments currently in possession were not designed to regulate phenomena so innovative, they couldn't even be foreseen or imagined.

AM technology challenges at least three areas of law: contractual relationships between the parties; intellectual property and defective product liability.

Each of these, therefore, deserves a specific analysis.

Nevertheless, before concentrating on the above-mentioned issues, it seems fair to wonder whether the categories of product/producer/buyer/consumer, as we know them, can still be applied.

In fact, the first question that emerges is that of understanding how to characterize in a juridical level what is realized through the 3D printer. Just as it is fundamental to frame the type of relationships between the subjects involved and the role they assume. In absence of these answers, it becomes extremely difficult to try to provide possible solutions.

5 The right between atoms and bits

The case of the Penrose Triangle might come in useful to our analysis.

The Penrose Triangle consists of the image of a triangle that looks three-dimensional due to an optical illusion. The image appeared for the first time in 1958 in the British Journal of Psychology. In 2010, it was uploaded to the Shapeaways website: at the cost of $70 it would be possible to get the CAD file of the famous triangle. Shortly afterwards a man, whose name was Tchoukanov, uploaded a similar model to an open source site (Thinginverse). The reaction was immediate: Shapeaways commanded the removal of the project for copyright infringement. The incident ended after a few months: the company withdrew the complaint letting it known that Thinginverse had deleted the file[29].

The case is important because it raises the question related to the protection of the object represented in the CAD file and to what

29 M. Maggi, *Utilizzo delle stampanti 3D: implicazioni legali*, 2015, *https://www.ilprogettistaindustriale.it/utilizzo-delle-stampanti-3d-implicazioni-legali/*.

can materially derive from it. In fact, the 3D printed object cannot be separated from the CAD file in any way.

The world of bits and atoms has never been so close before.

If up to this moment the idea was a sort of forerunner and antecedent to the object itself, now the idea becomes matter.

The purpose of this script is to insinuate a thought in the reader and provoke his intellect. As revolutionary as it may seem (and indeed, it really is) the CAD file, a numerical string, is an object and as such must also be considered juridically, with all the consequences that such an assertion entails.

With the rise of the 3D printer, the manufacturers will sell drawings and no longer physical objects. This means that the CAD file can already be considered the real object or product.

As a matter of fact, to make this technology works a designer uses a particular software (called Computer Aided Design) to realize the model. Once done it, the CAD file need to be converted in.stl format (Standard Triangulation Language). In this way, the draw is codified in "graphic triangles" which represent the surface of the solid. After that, the.stl file needs to be converted again throughout another software (the so-called "slicer") in G-Code, a new machine code which is necessary to dialogue with the 3d printer itself[30].

Scholars have tried to understand the nature of each of these 3 different kinds of files[31].

In Great Britain, for example, there is the belief that all of them can be considered software. By consequence, facing questions in the field of intellectual property law, it has been said that the directive 2009/24/EC can be applied. In fact, in spite of the lack of definition of the word "software", the 10th considerandum states: "The function of a computer program is to communicate and work together with other components of a computer system and with users". Given that the file CAD contains information enabling to make a hardware in function, as any other software it can communicate and operate with other components of a computer[32].

This conclusion, nevertheless, cannot be fully accepted.

30 See, L.S. Osborn, *The Limits Of Creativity In Copyright: Digital Manufacturing Files And Lockout Codes*, in *Tex. A&M J. Prop. L.*, 2017, p. 25 ss.

31 See R. Rivaro, *Stampa tridimensionale e diritti di proprietà intellettuale, riflessioni sulla proteggibilità del disegno CAD 3D*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2019, vol. 3, p. 226 ss.

32 S. Bradshaw, A. Bowyer, P. Haufe, *The Intellectual Property Implications Of Low-Cost 3d Printing*, in *ScriptEd*, 2010, vol. 7, n. 1, p. 1 ss.; D. Mendis, D. Secchi, *A Legal and Empirical Study of 3D Printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour*, London, 2015, p. 7 ss.; I. Silverman, *Optimising Protection: IP Rights in 3D Printing*, in *EIPR*, 2016, vol. 38, p. 5 ss.; A. Daly, *Socio-legal aspects of the 3D printing revolution*, London, 2016, p. 24.

The World Intellectual Property Organization in its "Model Provisions on the Protection of Computer Programs" defines computer programs as "a set of instructions capable, when incorporated in a machine – readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result".

If this is the worldwide most accepted definition of software than the CAD file cannot be considered properly a software. As a matter of fact, a software is a sequence of commands which enables a hardware to accomplish a certain task. On the contrary, CAD files do not contain any kind of this commands and they do not control at all the operativity of the 3d printer. They simply represent the printing projects which have been obtained by using the CAD software. [33]

It is the G-code which contains a sequence of commands necessary for the 3d printer to make physically the object. Thus, the G-code could be properly defined as a software.

For these reasons the CAD file has been metaphorically compared with a piece of digital paper on which it is possible to draw using a software instead of a pencil[34].

The last metaphor can be useful as starting point for whom trying to propose solutions to defend the intellectual property behind the printed objected, but it is not sufficient to solve the problems related to the loss and damages caused by printed products, i.e. in the field of Tort Law.

Thus, it is important make another step towards a clear definition of the CAD files because, as said, they are more than just a software. In the course of the time the legislator has already managed to consider as objects some "entities" that at first glance would seem to escape to this definition, attracting them to consumer goods discipline.

Here are a few examples.

Let us think about electricity.

For quite some time judges around the world have been reluctant to consider electricity as a product, while today it is a well-established question. In the past there was a time in which scholars had to choose how consider electricity. The question was resolved by understanding its nature, function and relation with the human world. This is, at least, what happened overseas. In fact, in 1979, when discussing a case concerning electricity, the American judges stated

33 See B. Rideout, *Printing The Impossible Triangle: The Copyright Implications Of Three-Dimensional Printing*, in *J. Bus. Entrepreneurship & L.*, 2011, vol. 1, p. 161 ss.; M.J. Antikainen, D.J.W. Jongsma, *The Art of CAD: Copyrightability of Digital Design Files*, in *3D Printing, Intellectual Property and Innovation, Insights from Law and Technology*, edited by R. Ballardini et al., Alphen aan den Rijn, 2017, p. 257 ss.

34 R. Rivaro, *Stampa tridimensionale e diritti di proprietà intellettuale, riflessio- ni sulla proteggibilità del disegno CAD 3D*, *op. ult. cit.*, p. 226 ss.

that it should have been regarded as a product because: "it is produced by man, confined, controlled, transmitted and distributed... in the flow of trade"[35].

The same reasoning should be conducted while thinking about 3d printers. We should be able to go beyond the mere technical aspects and defining a new reality in relation to the social and economic aspect, in a functional way which can create a dialogue between the "astract" world of the "source code" and the concrete world in which this code operates and interacts.

This is way it is possible to say that like electricity, a CAD file has all the above-mentioned characteristics.

Electricity was considered as having its own physicality, beyond the supply aspect. Despite its volatility and lack of the typical features of the matter, as man and law were accustomed to treat, it was classified as good, then as commodity, and today as product as well.

According to the Court of Justice of the European Union: "[...] *In Community law, and indeed in the national laws of the Member States, it is accepted that electricity constitutes a good within the meaning of Article 30 of the Treaty. Electricity is thus regarded as a good under the Community's tariff nomenclature (code CN 27.16). Furthermore, in its judgment in Case 6/64 Costa v ENEL [1964] ECR 1141 the Court accepted that electricity may fall within the scope of Article 37 of the Treaty*[36].

"It must be remembered, however, that in its judgment in Case C-393/92 Almelo and Others v Energiebedrijf IJsselmij [1994] ECR 1-1477, paragraph 28, the Court noted that it is accepted in Community law, and indeed in the national laws of the Member States, that electricity constitutes a good within the meaning of Article 30 of the Treaty. It noted in particular that electricity is regarded as a good under the Community's tariff nomenclature (Code C N 27.16) and that it had already been accepted, in Case 6/64 Costa v ENEL [1964] ECR 585, that electricity may fall within the scope of Article 37 of the Treaty".[37]

To conclude our *excursus* whose aim was to show how law evolves, managing to decline and catalogue in a new and original way the goods resulting from technological development, it is to emphasize that the European legislator himself has qualified electricity as a product in the Directive 1999/44/EC Of The European Parliament And Of The Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. See art. 2 let. C.

The analysis of the software can conduce to another more direct

35 Ransome v. Wis. Elec. Power Co. [1970], 87 Wis. 2d 605.

36 Case C-393/92, Gemeente Almelo v. Energiebedrijf IJsselmij NV. [1964] ECR 585, para 28. ECLI:EU:C:1994:171.

37 Case C-158/94, Commission of the European Communities v. Italian Republic [1997] ECR I-5789. ECLI:EU:C:1997:500.

analogy.

It is questionable whether they have to be considered as products or services. The major doctrine[38], in line with the European Commission, distinguishes between: a) Individual Software: intended as customized programs with the function of solving a client's particular problem. The conformation to the necessities of the customer is such that it is possible to consider it as an immaterial work of the intellect.

b) Standard Programs: industrially realized products and generally contained in media such as CDs. Since they are not in possession of the requirements of novelty and creativity, they are considered as products[39].

CAD files can be distinguished in the same way, considering as products only those of mass consumer goods.

Regarding the discussion on the software, a third category of them has been forgotten: software granted free or for sums of money in a restricted market, directly by individuals or small commercial companies. For years these software have been rare, but in the age of smartphones and apps, they are very common. The creators of these apps can be individuals without a sophisticated market system in their background and who do not place emphasis on marketing their program. The same happens to many CAD file creators. The diversity of actors in the CAD file economy should suggest to the judges to pay a particular attention to the way in which they approach and treat the aforementioned files[40].

Trying to define from a juridical point of view a CAD file is a difficult task because we are used to reason in a binary way: product or service. In the past, all the laws have been thought around these two categories. Even in the Treaty on the Functioning of the European Union, product and service are seen as two different entities, (starting with art. 34 and 56 TFEU). However, the arise of new technologies is challenging this binomial[41]. When trying to solve new problematic questions, in its oldest decisions, the CJEU drove its attention on the nature of things. However, this behavior leaded to uncertain and unpredictable decisions soon. In the famous Sacchi judgement, for example, (C-155/73) the Court of Justice defined as "services" the

38 P.G. Monateri, *Le fonti delle obbligazioni, La responsabilità civile*, Milano, 1a ed., 1998, p. 70.

39 R. Tacconi, *Economia, produzione, responsabilità civile: una nuova frontiera, le stampanti 3D - terza parte*, 2014, *https://www.assinews.it/06/2014/economia-produzione-responsabilita-civile-una-nuova-frontiera-le-stampanti-3d-%C2%96-terza-parte/550023934/.*

40 L.S. Osborn, *Regulating Three-Dimensional Printing: The Converging Worlds O Bits And Atoms*, *op. ult. cit.*, p. 570.

41 A. Quarta, *La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contratto e Impr.*, 2019, vol. 3, p. 1013 ss.

transmission of television signals and "goods" the physical medium for the signals. Conversely, in 2008, the CJEU has assumed a functional point of view, stressing the importance of the service over the good. In fact, the importance of the nature of decoder boxes and cards have been underestimated while the television broadcasting service have absorbed all the questions. The service has prevailed over the good because without the former the latter would have no reason to be at all. Thus, the Court focused its attention on the free movement of services instead of the goods one.

Facing the problems of the digitalization, in its recent decisions the CJEU seems to have left the traditional dichotomy product-service in favor of a concrete analysis of the circulation and the relation between technology and regulation's purpose[42].

The European legislator tried itself to clarify the situation by stating in Directive 2011/83/EU that: "digital content means data which are produced and supplied in digital form, such as computer programs, applications, games, music, videos or texts, irrespective of whether they are accessed through downloading or streaming, from a tangible medium or through any other means. Contracts for the supply of digital content should fall within the scope of this Directive. If digital content is supplied on a tangible medium, such as a CD or a DVD, it should be considered as goods within the meaning of this Directive. Similarly to contracts for the supply of water, gas or electricity, where they are not put up for sale in a limited volume or set quantity, or of district heating, contracts for digital content which is not supplied on a tangible medium should be classified, for the purpose of this Directive, neither as sales contracts nor as service contracts".

Moreover, in the Directive 2019/770/UE (see art. 2, par. 1, n.3), the legislator has introduced a more precise classification, defining the 'digital content' as "data which are produced and supplied in digital form"; the 'digital service' as "a) a service that allows the consumer to create, process, store or access data in digital form; or b) a service that allows the sharing of or any other interaction with data in digital form uploaded or created by the consumer or other users of that service"; and finally introducing a new category called 'goods with digital elements' which have been defined as "any tangible movable items that incorporate, or are inter-connected with, digital content or a digital service in such a way that the absence of that digital content or digital service would prevent the goods from performing their functions".

All these definitions and, more in general, the attempts of the European Courts and Legislator to be updated are doomed to fail since the technical innovations run faster than the law.

42 A. Quarta, cit.

A possible way to overcome the *impasse* caused by the lack of a clear definition is to abandon the strict definitions of "product" and "service" and embracing a more functional approach.

It has been suggested by many scholars, as a matter of fact, that the new economic relations between parties which involves digital aspects are more focused on the contracts which is the base of the entire relation. In other words, the contract and the good become part of the same transaction and there is no one without the other. [43] Thus, when people buy a digital content, both in a physical way (e.g. in a CD) or in a digital one (e.g. downloading it) they accept to receive a "contractualized product". That is particularly revolutionary since it involves also the relation between the party and its right of ownership which cannot be unlimited as we are used to image[44].

Every time we face "digital goods or products or services" we cannot imagine them as just a string of code (even if this is their nature actually) but as something more. All of them are somehow related to human creativity or actions and this relation is crystallized by a formal or an implicit contract which determine the relation between that code and the third party who will get in touch with them.

This consideration leads to interpret and apply the different fields of law bearing in mind this characteristic and suggest to see the string of informatic code as a "digital product".

Coming back from where we started, it is likely that, soon, the jurisprudence or the legislator will embrace the argument that even a CAD file presents the characteristics of an actual product, and indeed, that it will be thought as "the potential physical product", according to a distinction between act and power already proposed by Aristotle in past centuries. However, in order to apply the IP law or the Tort Law, the analysis of the relation between this "digital product" and all the parties involved will be necessary in order to understand the characteristics of the contract which bases these relations.

6 Producer and consumer, seller and buyer

Considering the CAD file as a digital product, it is possible to derive some consequences from the legal point of view. First of all, it is possible to define the parties involved as producers, sellers, buyers and consumers.

43 See, L. Nogler, U. Reifner, *The New Dimension of Life Time in the law of Contracts and Obligations*, in *Life Time Contracts, Social Long-Term Contracts in Labour, Tenacy and Consumer Credit Law*, The Hague, 2014, 1-73. More in general, see I.R. Macneil, *A Review of The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* New Haven and London, 1980.

44 See *ibid*.

Limiting itself to a superficial phenomenal analysis of the 3D printing, it could be argued that whoever prints the object using AM technology is the producer of the good. In fact, "to produce" is synonymous with "to create". Hence, the possible application of that new category called "prosumer"[45]. In fact it is often said of a subject that merges the characteristics of the consumer and the producer, in so far as the latter is not limited to the realization of the product but finalizes the operation to its consumption too.

I personally believe that this category can only find a limited space in the world of AM technology. "Prosumer" will be in fact who independently draws (or scans) a good, thus digitizing it, and then providing to its printing for personal purposes.

The same cannot nonetheless be said for all the subjects that print CAD files.

Keeping in mind the different scenarios mentioned above, as well as the definitions contained in Directive 1999/44/EC, I do not think the person who buys the design from a third party and then prints it should be understood as the manufacturer for the mere fact of having operated the 3D printer. This subject, in fact, seems to take more the characteristics of the actual consumer, or the purchaser, in case of an industrial activity with a possible non-application of the regulation of consumer goods.

I think it is appropriate, however, to refer to the person who designed that good as its producer. And here emerges the effort to picture a string of numbers as the physical product.

But if not thus, certain rules should necessarily be applied, like those concerning the strict liability for defective products, to a person such as the individual citizen, who certainly cannot be burdened with the same responsibility as an undertaking, not possessing the same knowledge, economic possibilities of forecasting and internalization of risk.

Once again, the terms and conditions governing the relation between the prosumer, the designer and other parties plays a decisive role in defining things such as liability or patent infringement.

7 The supplier

As for the supplier, instead, he is definable as the: "responsible for the sale, rental, leasing or other forms of marketing of the product,

45 See J. Rifkin, *La società a costo marginale zero*, Milano, 2014, p. 123 ss.; P. De Filippi, P. Troxler, *From Material Scarcitiy to Artificial Abundance: The Case of FabLabs and 3D Printing Technologies*, in *3D Printing. Legal, Philosophical and Economic Dimensions*, edited by B. van den Berg, S. van der Hof and E. Kosta, The Hague, 2016, p. 65 ss.

that is to say, the person who anyway makes the passage of the goods from the producer to the consumer"[46].

In the world of 3D printing, this figure seems to be similar to that of the so called "3D printing Services", that is those who print CAD files with their 3D printers requesting for a certain amount of money for the service: this can happen "from afar", by asking specialized subjects to print the product and send it to the purchaser's home; or by offering locations where 3D printers are made available to the customers. Some say, these subjects could be seen more as "providers of services" then "producers"[47]. Pursuant to a further and different interpretation, they could be considered as "distributors or suppliers". I believe that this last hypothesis could only come true if the "printing houses" put to disposition the CAD files present in the own servers. In this case, in fact, continuing to consider the CAD file as an actual product, then they would behave in the same manner as suppliers of products, just like in a supermarket. By contrast, in case these "printing houses" provided only the place and the 3D printers for printing the customers' personal CAD files, the analogy with the distributors would be more difficult, if not impossible. In such a situation, rather than supplying a product, they would provide a service.

8 The seller

AM technology will allow everyone to draw and distribute CAD files. But is this enough to consider all these subjects as sellers with all the legal consequences?

One solution could be thinking about new categories of subject, as it has been done in the past overseas. In fact, many American Courts make use of the category of the so called "occasional sellers", managing to subtract these subjects from the application of strict liability. These individuals are those "whose sale of a product is totally incidental compared to the regular activity of the seller"[48].

However, if instead we consider them as "occasional sellers", could be really considered as such those who upload a CAD file that is then downloaded by millions of people in a few hours? The difference in legal treatment between industrial and occasional sellers is justified on the basis of their lower economic, structural and information abilities. Internet sales and sharing, however, seem to question the va-

46 See V. Carfì, *Commento sub artt. 114-127 cod. cons.*, in *Codice del consumo*, Milano, 2012, p. 612.

47 L.S. Osborn, *Regulating Three-Dimensional Printing: The Converging Worlds O Bits And Atoms*, *op. ult. cit.*, p. 570

48 Jaramillo v. Wayerhaeuser Co. (2009), 07-0507-cv (2d Cir. 2009).

lidity of this distinction.

A possible solution to this complex situation could be to clarify and expand the concept of "occasional seller", becoming able to include those sellers who do not base their survival on the sale of products, but who just make occasional sales. By legislating the boundary between occasional and industrial producers, it would be possible to apply the strict liability only to those who are really able to absorb the losses and prevent the risk.

Anyway, each line of demarcation between the two types of producer would be arbitrary: it would be unfair not to attribute the same benefits of the occasional sellers also to the small sellers: who sells 10 products is considered an "occasional salesman"? And who sells 50? Why then the first should have a huge advantage over the second?[49]. Marking a clear line is always difficult [50].

The American lawyer Nicole Berkowitz, on the other hand, suggests a further approach: to introduce the category, and legal standard, of "micro-sellers", deriving from the category of "occasional sellers", but more flexible and less arbitrary. This category would include sellers who overrun the category of "occasional sellers", but who do not either reach the extent of industrial sellers. These subjects are not in the best position to absorb or distribute losses and at the same time do not have major contractual power than buyers. Instead of the application of strict liability for defective products, Dr. Berkowitz suggests an equitable defence[51].

Nonetheless, once again, a solution would be a *de facto* analysis of the concrete situation involving each party and the "contractualized product" which has been sold, deciding to apply the law which suits the best accordingly the scope and the nature which had been driven the legislator at the time of its draw.

9 The hobbyst

A further legislative intervention could concern the figure of the hobbyist. In countries like Italy, for instance, there is no national legislation governing this phenomenon, which is regulated at regional level. In order to summarize the different regional norms in this regard, it is possible to define the hobbyist as one who sells, barters, propos-

49 N.D. Berkowitz, *Strict Liability for Individuals? The Impact of 3-D Printing on Products Liability Law*, Washington University in Saint Louis - School of Law, 2015, p. 34.

50 This concept is debated, among others, by: L.A. Shoebotham, *The (Inevitably Arbitrary) Placement of Bright Lines: Belton and Its Progeny*, in *Tulane Law Review*, 2014, vol. 73, n. 365. *https://ssrn.com/abstract=2185123*.

51 N.D. Berkowitz, *Strict Liability for Individuals? The Impact of 3-D Printing on Products Liability Law*, *op. ult. cit.*, p. 35.

es or exposes, sporadically and occasionally, goods of moderate value, also included in works of his own creativity and talent. In some regions, the unit price of the good must not exceed 250 € and in any case the total annual revenue must be lower than 5000 €.

This new reality leads to wonder if it is not the case to take on this role at national level and to define it better. In this way, it would be possible to distinguish the actual hobbyist from the professional seller, with its responsibilities. AM technology, in fact, gives a subject the chance to see his or her status change quickly: using the internet, who draws CAD files and places them in host sites, can make modest sales at first, which could even become huge if the product were to depopulate.

A clear definition in legislation, with the related communications, perhaps in the same host sites, of when a person should be considered a hobbyist and when a professional seller, could be useful in order to increase the certainty in a still confused and uncertain field.

The legislator could also go further by requiring hobbyists with certain requirements to have a compulsory insurance.

The question remains, nevertheless, whether it is appropriate to deepen this issue or not, especially since this technology allows the practice of hobbies that can potentially be very harmful to third parties.

10 Regulation

The 3D printer has the potential to generate a series of important transformations in both the social and economic fabric. Experts have already highlighted how this technology could change our lives, wondering whether or not it is necessary to regulate this phenomenon[52].

Likewise any innovation, it is expected that the legislators' interventions will have a strong impact on its development and future[53]. The 3D printer involves an overlap between the world of atoms and the world of bits: for several products, the CAD file will become equivalent to its relative physical object. The mother challenge for any legal system that tries to adapt to the 3D world will be to regulate

52 Commission, "Reflection Paper on Harnessing Globalisation" COM (2017) 240 final .

53 K. Pierrakakis, M. Kandias, C.D. Gritzali, D. Gritzalis, *3D Printing and its Regulation Dynamics: The World in Front of a Paradigm Shift*, *op. ult. cit.*, p. 13.

See OECD, *The Next Production Revolution: Implications for Governments and Businesses*, 2017, *https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264271036-en.pdf?expires=1569575619&id=id&accname=ocid194685&checksum=8CDFE1523DCC0BA57BC4B090F1070E33*.

See also D. Mendis, M. Lemley, M. Rimmer, *3D Printing and Beyond: Intellectual Property and Regulation*, Cheltenham and Northampton, 2019.

these files[54].

Legislation could take place through standards or mandatory regulations. Generally, the legislator creates standard rules to achieve certain objectives, such as defining the terms in which the parties have to comply. Such standards could have an important effect on the 3D ecosystem by tracing a profile whose around the parties are expected to base their expectations. As to AM technology, a regulation carried out through standards could have a positive impact. In fact, they would allow subjects to have more flexibility and to grow and mature without excessively restrictive constraints.

However, the legislator may introduce mandatory rules in order to protect contractors and third parties.Nowadays, the legislator is required to specify which existing standards also apply to the 3D printer and whether or not new standards should be created. This determination will certainly have an impact on the future development of this technology. Indeed some of the rules are already applicable without major interpretative efforts. Let's think, for example, about the duty to fulfill the contract in good faith. There would be no reason to change this rule. In other cases, conversely, this process might not be adequate.

A legislation at European level would be highly desirable because the resulting harmonization could give a propulsive thrust to the large-scale adoption of this technology for the benefit of the whole community and throughout the European Union, thus taking on a pioneering and leading role towards the other countries in the world[55].

A workshop coordinated by the European Commission took place in Brussels on the 18th of June 2014[56], concerning the analysis of the current state and future developments of AM technology within the EU. The entire session 5 was dedicated to regulatory measures and how to implement them. In general, the EU has recognized future developments in this technology and considered it necessary to accompany them with initiatives or measures at European level, capable of increasing competitiveness in the AM sector, and the economic well-being of the region.

Experts of this workshop have proven that they fully understood the challenges and possible solutions that AM technology would

54 L.S. Osborn, *Regulating Three-Dimensional Printing: The Converging Worlds O Bits And Atoms*, *op. ult. cit.*, p. 620.

55 See A. Nordberg, J. Schovsbo, *EU Design Law and 3d Printing: Finding the Right Balance in a New e-Ecosystem*, University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2017-30, 2017, *https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888426*; T. Margoni, *Not for Designers – On the Inadequacies of EU Design Law and How to fix it*, 2013, 3 JIPITEC 225

56 Commission, *Additive Manufacturing in FP7 and Horizon 2020, Report from the EC Workshop on Additive Manufacturing held on 18 June 2014*, p. 35, *http://www.rm-platform.com/linkdoc/EC%20AM%20Workshop%20Report%202014.pdf*.

bring. In their concluding part, the over 100 participating experts have worked "recommendations" for the European Commission, showing them briefly and in points. They are divided into: technological challenges; standardization, regulation, qualification and certification; education and training; European initiatives and legislative measures.

On the regulatory side, they advised the EU to:

- Draw up guidelines and rules for CE marking and for the conformity of components produced by AM technology;
- Improve legislation on product certification;
- Focus the forces of the production process on quality control (testing, measuring, quality assurance) as well as on post-process;
- Focus on the quality of the optimal and process-appropriate material;
- Increase commitment by aligning with the US;
- Consider regulations and standardizations that may hinder innovation;
- Deal with the problem of IP
- address, copyright, patent protection and customer liability;
- Safety and health related to the production of materials and to the process;
- Centrally clarify what are the approaches to the 3D printer;
- Develop a system of taxation and data-related border charges and data protection;
- Improve existing IP standards and develop guidelines for patents and copyright protection;
- Direct the responsibility for the use of 3D technology in such a way that the consumer always appears to be protected;
- Promote the access to the benefits of AM technology for small and medium-sized enterprises: reducing machine costs and creating more opportunities and greater accessibility to technology. Develop a dedicated research program devoted to the relationship between AM and small and medium-sized enterprises;
- Support entrepreneurship at personal and professional level;
- Encourage the activity and support small and medium-sized enterprises;
- Lay down regulations for the certification of materials, finished products, with the CE mark;
- Other possible areas of legislative action may be: to finance scientific research on materials, on environmental aspects, on low-cost machinery, on new production models and standardization.

Discussions on the regulation of AM technology, however, are still

at an embryonic stage. As reported by EMA's Annual Report 2017[57], the EU Innovation Offices Network has begun to take an interest in the 3D printer by including it among those innovations that will have a greater impact in the economy of the European Union area and that will require the introduction of additional rules or common standards.

Most recently, finally, The European Parliament adopted on 3rd July 2018 a report[58] containing legislative and regulatory recommendations in the field of 3D printing, at the level of Tort Law and IP rights protection. The report will be now forwarded to the European Commission for consideration.

This Report highlights the fact that although the liability rules contained in the e-commerce directive can already be applied to the 3D printer, it is necessary to consider a specific regulation that can, among other things, allow the correct identification of the subject responsible in the event of a defect in the product. Moreover, it is emphasized how the European legislator is called to focus on intellectual property rights and on the fight against counterfeiting.

The introduction of voluntary or mandatory product standards could have a powerful impact on AM technology and on product quality. An example could be the CE certification, which is the declaration that the product meets the requirements of the existing directives (for example, the Toy Safety Directive). But at the same time, the diversity and the large number of producible objects prevents adequate controls. Another problem that arises is: would it be suitable to be labeled (as is the case with the eco-label flower) the home-printed product or the CAD file of the object?[59]

The certification scheme collides with a major cost problem that should be borne by individual governments, by the companies applying for certification, or shifted above consumers. None of these results is however desirable: as far as governments are concerned, they are constantly in debt; adding further costs would lead to negative effects, such as stopping the research into the technology itself. As regards the cost transfer on economic activity, it would counteract the cost-saving effect: since certification has as its primary purpose the reduction of costs for the prevention of defective products,

57 See European Medicine Agency, *Annual Report 2017 The European Medicines Agency's contribution to science, medicines and health in 2017*, 2017, *https://www.ema.europa.eu/en/documents/annual-report/2017-annual-report-european-medicines-agency_en.pdf*.

58 See European Parliament, Committee on Legal Affairs, "Report on three-dimensional printing, a challenge in the fields of intellectual property rights and civil liability (2018), A8-0223/2018, *http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0223_EN.pdf?redirect*.

59 H. Stahl, *3D Printing - Risks and Opportunities*, Öko-Institut e.V, Institute for Applied Ecology, 2013.

if companies were required to pay for them, the maintenance of profit would pass for the reduction of costs elsewhere, as for example on materials, and even this is not desirable. Finally, transferring the cost on consumers would mean a reduction in demand, as the economic principles of supply and demand demonstrate[60]. Moreover, it would be very expensive to enforce certification: all sites hosting CAD files and all printed products should be monitored, even those produced at home by manufacturers. It would be difficult, if not impossible, asking every hobbyist to certify his products, also because, as said before, he could not even perceive his position as a "commercial seller" and therefore not considering such regulation applicable to his personal situation[61]. These and others are problems that require to be answered as soon as possible by the European Union, especially if it wants to assume an important role in this new industrial revolution.

11 Conclusions

3D printers will soon enter our world predominantly. At the moment it is impossible to predict which one of the foreseeable scenarios will effectively come true. Nonetheless, the interpreters and the European legislator are already expected to pay constant attention to a phenomenon, potentially revolutionary, in order not to be caught unprepared. It is important to understand immediately what challenges this new technology brings with it and to understand whether the law already has the means to regulate and/or accompany it in order to ensure maximum well-being for all citizens and economic operators of the European Union.

Everything starts from a revolution in the way of thinking before that of producing.

AM Technology can be considered a bridge between the world of "Bit and atoms". When each individual will be able to build a physical object starting from a computer file, then the latter will be the actual main product. The key concept is the birth of a new paradigm for which, as Magnaghi supports: "*The most important thing is data, not possessed things. Data are the value and they materialize in physical objects when needed. Objects are mere transitory instances that can be used or not and can be recycled*"[62].

60 A.J. Senagore, *The Benefits of Limiting Strict Liability for Used-Product Sellers*, in *Northern Illinois University Law Review*, 2010, vol. 30, n. 349, p. 358.

61 N.D. Berkowitz, *Strict Liability for Individuals? The Impact of 3-D Printing on Products Liability Law*, *op. ult. cit.*, pp. 31-32.

62 G. Magnaghi, *Stampa 3D. Applicazioni Di Un'idea Innovativa Principi, Utilizzi E Opportunità Di Business*, Milano, 2015.

Designs will move around the world and not products. The Internet has first abolished distances as a means of disclosure of information, while today it also lends itself to eliminating the distances of physical matter. In the same way as a written document can be sent by email in PDF and then 2D printed, a CAD file can be sent via internet to a different part of the globe and 3D printed[63]. Being the design the essential element of this technology, information for a product will be found in computers. As a consequence of this, arises the need for a network containing drawings and software, a public network that every small or large enterprise and individual will use, thus generating a huge public digital space[64].

The first step we are asked to take to be prepared to this new Era is being willing to go beyond the categories we were used to know. "Product" and "service" are not the binomial able to solve all the conflicts of law rules anymore. As we are asked live a life in an evanescent world of internet and information technology, scholars must try to adapt the already existing laws trough a "functional interpretation", meaning following the purpose and the scope of the laws. Beside this, rethinking the already existing categories could be useful for the legal certainty, but not sufficient if we are not willing to tolerate a case by case method for solving all the new conflicts which the technology will raise.

Beside this general question, in this article it has been brought to mind the idea supported by several scholars that in the digital world we are experiencing relations with products that is not the same as in the past. It could be said that these relations are in some way determined by the under existing contract conditions. This is why I suggested to refer to these products as "contractualized products": goods which can be enjoyed temporary and with limitations stated by a contract.

In conclusion, I think the proper way to intend the CAD files is to see them as "digital contractualized products", where the implicit or explicit contractual relations behind them determine the nature of the operation between different parties and require the application of a certain IP or Tort rule instead of anther in conformity with the scope of that particular law.

63 T. Campbell, C. Williams, O. Ivanova, B. Garrett, *Could 3D Printing Change the World?, Technologies, Potential, and Implications of Additive Manufacturing*, in *Strategic Foresight Report, Atlantic Council*, October, 2011, pp. 1-16.

64 K. Pierrakakis, M. Kandias, C.D. Gritzali, D. Gritzalis, *3D Printing and its Regulation Dynamics: The World, op. ult. cit.*, p. 13 ss

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2 – Dicembre 2019

I requisiti degli strumenti di capitale primario di classe 1
Appunti per uno studio del capitale delle banche

Vito Bevivino
Dottore di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract The need for stability in the financial and economic system arising from the outcome of the most significant of the recent financial crises was the premise for the regulation of banking capital developed by the Basel Committee. In a short time, to respond to similar needs, the European legislator has profoundly renewed the European banking regulation with the result of creating the *Single Rulebook*. A significant part of this harmonization tool is entrusted to Regulation 575/2013 on prudential requirements (Capital Requirement Regulation, CRR). The CRR identifies capital requirements of banks by determining the rules for the formation of bank capital and the balance ratios between the various elements of bank financing based on the riskiness of the assets. Common equity tier 1 (CET1) is one of the fundamental components of bank capital. The study sets out the structural elements of bank capital and the requisites that the capital instruments must possess in order to be classified as CET1. Furthermore, the essay highlights those profiles in which the prudential discipline overlaps the corporate one and notes those issues on which further analysis of the relationship between the disciplines could be focused.

Keywords Bank capital. Own found. Common equity tier 1. Capital Instrument.

Sommario 1. Il capitale bancario e le funzioni a esso assegnate dalla regolazione prudenziale. – 2. Le azioni ordinarie e la funzione dei criteri di ammissibilità di Basilea III. – 3. L'emanazione della normativa sul capitale bancario in Europa.. – 4. I coefficienti di capitalizzazione minima previsti dal CRR. – 5. Il *common equity capital tier 1* (CET1) del CRR. – 6. La scelta dell'istituto dello strumento di capitale per il CRR. Gli strumenti CET1.. – 7. La classificazione delle condizioni degli strumenti di capitalizzazione CET1 nella letteratura.. – 8. I requisiti degli strumenti di capitalizzazione CET1. Aspetti definitori. – 9. (*segue*) Temi di diritto societario delle banche. Appunti.

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Bevivino, V. (2019). "I requisiti degli strumenti di capitale primario di classe 1. Appunti per uno studio del capitale delle banche". *Ricerche giuridiche*, 8(2), 89-114.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/02/005

1 Il capitale bancario e le funzioni a esso assegnate dalla regolazione prudenziale

L'esigenza di stabilità del sistema finanziario ed economico scaturita all'esito della più rilevante delle recenti crisi finanziarie ha costituito la premessa della regolazione del capitale bancario elaborata dal *Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria*[1] (*inde*, Comitato di Basilea), confluita nell'Accordo di Basilea III, pubblicato nel 2010 e ancora nel 2011[2]. Nel volgere di poco tempo, come reazione a un'ulteriore crisi – quella dell'euro, sviluppatasi nel 2011 e pur in continuità con la precedente[3] – un'analoga esigenza ha condotto il legislatore europeo a rinnovare profondamente la regolazione europea in materia di banche, con il risultato di dar vita al *Single Rulebook*[4] che si compone di atti di regolazione di diversa natura e processi di vigilanza che garantiscono un quadro armonizzato e unitario delle regole bancarie[5] e mirano a stabilizzare il quadro finanziario ed economico europeo[6].

Una parte rilevante di questo strumento di armonizzazione è affidata al Regolamento 575/2013 in materia di requisiti prudenziali (*Capital Requirement Regulation*, *inde* CRR)[7], composto sulla scorta

1 La dicitura internazionale è Basel Commitee on Banking Supervision (*inde*, per la documentazione richiamata, BCBS)

2 BCBS, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, December 2010, (rev. June 2011), (*inde*, Basel III). Sugli obiettivi della regolazione, BCBS, *Basel III*, par. 8, p. 2; par. 27, p. 6; per tutti S. Gleeson, *Gleeson on the International Regulation of Banking*, 3th ed., Oxford, 2019, *passim*; D.K. Tarullo, *Banking on Basel. The Future of International Financial Regulation*, Washington DC, 2008, *passim*.

3 J. Atik, *EU Implementation of Basel III in the Shadow of Euro Crisis*, in *Review of Banking and Financial Law*, 2013-2014, vol. 33, p. 283 ss.

4 In arg. i *considerando* 9 e 14, Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (inde, CRR, ovvero, reg. 575/2013); come noto, sulla scorta delle osservazioni sulla necessità di costituire un *Single Rule book* di J. de Larosière (Chair. by), *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Report, Brussels, 25 February 2009, p. 14. In letteratura, cfr. F. Vella, *Banche che guardano lontano: regole per la stabilità e regole per la crescita*, in *Banca impresa società*, 2016, pp. 371 ss., 375 ss.; G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy, AH Alphen aan den Rijn (The Netherlands)*, 2017, *passim*, p. 46 ss.

5 Su cui V.S.G. Babis, *Single Rulebook for Prudential Regulation of EU Banks: Mission Accomplished?*, in *European Business Law Review*, 2015, p. 779 ss.

6 In arg. *considerando* 9 e 14 CRR.

7 Il *Single rulebook* non è un testo unico, né un codice unico: non glielo consentono sia l'eterogeneo livello di effettività dei testi che lo compongono, sia l'integrazione della disciplina nazionale – sebbene l'applicazione da parte dell'*European Central Bank* delle regole nazionali permette il completamento delle regole prudenziali. Il *Single Rulebook* è composto da alcuni testi normativi, mentre l'attività di complemento dell'*European Banking Authority* ne permette l'applicazione armonizzata, come *QandA* interpretative pubblicati sul sito dell'EBA. Per gli aspetti considerati, in luogo di molti, cfr. V. Babis, *The Single Rulebook and the European Banking Authority*, in *Research Hand-*

dell'Accordo di Basilea, di cui la vigilanza bancaria garantisce l'applicazione.

Tra altri aspetti, il CRR individua i requisiti di capitalizzazione delle banche[8] determinando le regole per la formazione del capitale bancario e i rapporti di equilibrio tra i vari elementi del finanziamento bancario in base alla rischiosità delle attività[9].

A questo fine, come noto, il regolamento disegna sia le caratteristiche delle classi di capitali che costituiscono i fondi propri del capitale bancario, sia le regole per determinare la quantità di capitale che ogni banca deve possedere[10] in funzione dell'esposizione in

book on EU Economic Law, edited by F. Fabbrini, M. Ventoruzzo, Cheltenham (UK)-Northampton (MA, USA), 2019, p. 262 ss. Sulla complessa articolazione delle fonti europee del diritto bancario cfr. M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 423 ss., p. 426 ss.; M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, *EU Financial Law*, Milano, 2016, p. 89 ss.; A. Minto, *Banking Crisis Management, Recovery and Resolution Planning, and "New Governance" Theory: Approaching "Living Wills" as Public-Private Collaborative Form of Regulation*, in *European Company Financial Law Review*, 2018, p. 772 ss., p, 783 ss.; sull'applicazione da parte dell'ECB del diritto europeo v. F. Annunziata, *I postumi del caso Landesbank vs. BCE*, in *AGE*, 2018, p. 409 ss.; G. Lo Schiavo, *The ECB and its application of national law in SSM*, in *The European Banking Union and the Role of Law*, edited by G. Lo Schiavo, Chetenham (UK)-Northampton (MA, USA), 2019, p. 177 ss.

8 La regolazione attualmente in vigore in Europa in materia di requisiti di capitale ha un ambito di operatività diversa da quella elaborata dal Comitato di Basilea che, come noto si riferisce alle banche internazionali. La CRD (Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE) e, in particolare, il CRR (artt. 4, par. 1, punti. 1, 2, 3, CRR; art. 3, CRD IV) sono applicati alle banche del linguaggio comune, siano essi enti creditizi – imprese «la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto» –, o imprese di investimento – «la cui occupazione o attività abituale consiste nel prestare uno o più servizi di investimento a terzi e/o nell'effettuare una o più attività di investimento a titolo professionale» (art 4, par. 1, n. 1, direttiva 2004/39/CE, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, c.d. MIFID). Una delle critiche a cui la regolazione in materia capitalistica è stata sottoposta è quella di essere stata prevista come modello unico (*one size fits all*) per categorie di banche profondamente diverse per dimensioni, capitalizzazione e attività, in arg. R. Masera, *US Basle III Final Rule on Banks' Capital Requirements: A Different-size-fits-all Approach*, in *Does One Size Fit All?*, edited by R. Guida, R. Masera, Bologna, 2014, p. 55 ss., e in *PSL Quarterly Review*, 2013, vol. 66, pp. 387-402; Giov. Ferri, *Regolamentazione bancaria: serve un cambio di approccio*, in *Econ. dir. terz.*, 2016, p. 383 ss., p. 393; B. Joosen, M. Lamandini, M. Lehmann, K. Lieverse, I. Tirado, *Stability, Flexibility and Proportionality: Towards a two-tiered European Banking Law?*, in *EBI Working Paper Series*, 2018 – no. 20, 21/02/2018.

9 Si tratta di regole tecniche, integrate in un sistema autorizzativo, indirizzate «a garantire una costante adeguatezza del [capitale] rispetto alla concreta attività sociale», cfr. E. Cusa, *Il patrimonio di vigilanza delle banche di credito cooperativo*, in *Banca borsa, tit. cred.*, suppl., 2010, p. 7; C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013, pp. 8 s., 71.

10 Che l'esito della regolazione prudenziale consista nell'obbligo di detenzione di fondi propri per gli enti interessati dal CRR può ricavarsi dal tenore di alcune norme: tra

attività qualificate con profili di rischio per l'attività bancaria (*risk weighted asset*)[11].

Le condizioni di ammissibilità del capitale ai fini della sua classificazione selezionano il capitale in base alla compatibilità del contenuto giuridico degli strumenti di capitale che le banche possono emettere sulla base di strumenti tipizzati negli ordinamenti nazionali, o potrebbero emettere sulla base degli spazi di autonomia che sempre il diritto nazionale prevede per le società bancarie. Secondo il CRR, nella valutazione della conformità ai requisiti prudenziali gli enti devono tener conto «delle caratteristiche sostanziali degli strumenti e non solo della loro forma giuridica». Inoltre, «la valutazione delle caratteristiche sostanziali di uno strumento tiene conto di tutte le disposizioni relative agli strumenti, anche laddove queste non siano espressamente stabilite nei termini e nelle condizioni degli strumenti stessi, ai fini dell'accertamento della conformità degli effetti economici combinati di tali disposizioni all'obiettivo delle disposizioni pertinenti»[12].

queste, significativamente, il *considerando* 72 CRR riferisce di «fondi propri che gli enti sono tenuti a detenere», mentre l'art. 3 CRR considera che il regolamento «non impedisce agli enti di detenere fondi propri e loro componenti in eccesso né di applicare misure più rigorose di quelle previste», sì che l'obbligo di detenzione riguarda quantità di valori variabili in funzione del rischio a partire dal minimo stabilito dal regolamento all'art. 92 CRR, nel rispetto del limite del capitale iniziale richiesto al momento dell'autorizzazione (art. 93) che non può essere inferiore a quanto previsto dall'art. 12 CRD (pari, cioè, a cinque milioni di euro).

11 Sul concetto di *risk-weighting asset*, cfr. M.B. Gordy, E.A. Heitfield, J. Wu, *Risk-Based Regulatory Capital and the Basel Accords*, in *The Oxford Handbook of Banking*, edited by A.N. Berger, P. Molyneux, J.O.S. Wilson, 2nd ed., Oxford, 2012, ch. 5; in senso critico, M. Mariathasan, O. Merrouche, *The manipulation of basel risk-weights*, in *Journal of Financial Intermediation*, 2014, vol. 23, pp. 300 ss., 320 s.; sul problema del rischio, cfr. F. Vella, *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 161 ss.

12 Cfr. art. 79 *bis* CRR, introdotto dal Regolamento (UE) n. 2019/876 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda il coefficiente di leva finanziaria, il coefficiente netto di finanziamento stabile, i requisiti di fondi propri e passività ammissibili, il rischio di controparte, il rischio di mercato, le esposizioni verso controparti centrali, le esposizioni verso organismi di investimento collettivo, le grandi esposizioni, gli obblighi di segnalazione e informativa e il regolamento (UE) n. 648/2012 (la cui introduzione è valsa al CRR la comune definizione di CRR 2). Osservava G. Ferri, *La posizione dell'azionista*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1975, vol. 1, pp. 1 ss., che per l'impresa bancaria, «assoggettata ad una particolare disciplina in funzione dell'attività di pubblico interesse» esplicata, anche «se la disciplina è contenuta in [più] corpi di leggi distinte, l'indagine deve essere condotta unitariamente tenendo conto dell'intero complesso di norme e se mai, anche per essere aderenti al dettato legislativo, muovendo dall[e leggi in materia] bancaria piuttosto che dal codice civile». R. Costi, *L'ordinamento bancario*[4], Bologna, 2007, p. 387, considera l'ordinamento bancario ricco di «deviazioni dal diritto societario comune che trova la propria giustificazione nelle caratteristiche dell'ambiente o se si vuole nelle ragioni dell'azienda e in particolare nella necessità di arricchire il diritto societario degli strumenti necessari per garantire una sana e prudente gestio-

La funzione su cui si basa la selezione del capitale è quella di assicurare la prosecuzione dell'attività delle banche in situazioni di tensione (*going concern*), ovvero di modulare la pretese creditorie nel caso di incapacità definitiva di proseguire l'attività e in prospettiva di liquidazione (*gone concern*)[13].

Il grado di compatibilità dei requisiti scelti dalle banche, o, se si vuole, il grado di rigorosità di applicazione dei principi di capitalizzazione[14], comporta la selezione dal «capitale bancario» dei «fondi propri» (*own funds*)[15]. Essi sono classificati dal CRR in due classi di valori (*Tier* 1 e *Tier* 2[16]), e, rispetto alla prima, in due sotto-classi[17]: il *common equity capital tier 1*(capitale primario, CET1) e l'*additional capital tier 1* (capitale aggiuntivo, AT1)[18]. La quantità di capitale bancario individuato per classe è quindi rapportata in percentuale al volume degli *asset* ponderati per il rischio assegnato al tipo di attività[19].

Il *common equity capital tier 1* è parte integrante della disciplina capitalistica bancaria: è essenziale per determinare la regolazione e a valutare i requisiti patrimoniali delle banche sottoposte alla disciplina europea[20]. Il regolamento CRR prevede una definizione del suo contenuto che comprende, in via non esclusiva[21], gli strumenti di

ne dell'impresa bancaria». In arg. anche F. Capriglione, A. Sacco Ginevri, *Metamorfosi della* governance *bancaria*, Padova, 2019, p. 146 ss.

13 In arg. European Commission, *Capital Requirements – CRD IV/CRR – Frequently Asked Questions*, MEMO/13/690, Brussels, 16 July 2013, 13.

14 Cfr. B.P.M. Joosen, *Regulatory capital requirements and bail in mechanisms*, in *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, edited by M. Haentjens, B. Wessels, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2015, p. 188.

15 Sulla differenza tra «bank capital» e «own found requirement» ai fini dell'applicazione del CRR, v. European Commission, *Capital Requirements*, cit., p. 12 s. Il regolamento 575/2013 riferisce di «fondi propri» (artt. 4, par. 1, n. 118; 72, CRR) che la banca deve detenere, quale requisito prudenziale (art. 1, CRR) in relazione «a elementi di rischio di credito, rischio di mercato, rischio operativo e rischio di regolamento interamente quantificabili, uniformi e standardizzati» (art. 1, par. 1, lett. a, CRR).

16 Cfr. art. 72 CRR, «fondi propri di un ente consistono nella somma del suo capitale di classe 1 e di classe 2».

17 In arg. art. 25 CRR.

18 Il quale è solo eventualmente presente nella struttura capitalistica, come si desume dall'art. 92 CRR.

19 Secondo la formula Total capital/RWAs, il cui risultato è espresso in termini percentuali; il Total capital è pari alla somma di Tier 1 capital, risultante dall'ammontare di CET1 e AT1, e Tier 2 capital; per cui Total capital = Tier 1[= (CET1 + AT1)] + Tier 2; cfr. art. art. 1, par. 1, lett. a, CRR, ovvero, in altri termini.

20 Si può avere una percezione definita del ricorrere della quantità di CET1 richiesta per ogni banca in funzione dei gruppi disciplinari di riferimento dall'indagine di A. Melis, K. Weissenberg, *EU Banks' Journey Towards An Enhanced Capital Framework*, EBA Staff Paper Series, N. 3-March/2019, *passim*, p. 6 s.

21 Alla formazione del *common equity capital* concorrono infatti anche (le discipline di) altri valori (art. 26, parr. 1, 2, CRR).

capitalizzazione per qualità a esso corrispondenti; assegna, inoltre, alle autorità competenti la valutazione, tra quelli previsti negli stati di vigenza del regolamento, di quegli strumenti che posseggono i caratteri presupposto dell'applicazione della disciplina regolamentare[22]; mentre affida, infine, all'*European Banking Authority* il compito di redigerne l'elenco.

Lo studio degli strumenti di *common equity capital* secondo la formulazione del regolamento 575/2013 e del regolamento delegato UE n. 241/2014, che ne completa le indicazioni[23], rileva perché il capitale che ne possegga le caratteristiche è coinvolto nell'applicazione di diversi gruppi disciplinari che riguardano la capitalizzazione bancaria[24] e incide sulle regole di *governance* rispetto al processo di etero-determinazione della capitalizzazione[25] e, in definitiva, sulla composizione degli equilibri tra interessi corrispondenti all'assetto finanziario societario in coincidenza con le classi di finanziatori di capitale[26]

22 Per le società azionarie, o ad essa assimilabili, cfr. art. 28 CRR.

23 In base ai rinvii ad opera dell'art. 28, par. 5, CRR, e all'art. 8, par. 1, lett. a), Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), il quale è stato recentemente aggiornato, v. Regolamento (UE) 2019/2175 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2019; cfr. Regolamento delegato (UE) n. 241/2014 della Commissione del 7 gennaio 2014 che integra il regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti. Come noto, sulla base del processo Lamfalussy, la legislazione europea è costituita su più livelli, al secondo livello si trovano sia i *technical standards*, *regulatory technical standards* (RTS) e *implementing technical standards* (ITS), redatti dall'EBA, tra gli altri, in arg. E. Ferran, *The Existencial Search of the European Banking Authority*, cit., p. 294 s.; S. Cappiello, *Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della* European Banking Authority, in *Scritti sull'Unione Bancaria*, *Banca d'Italia. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, a cura di R. D'Ambrosio, 2016, n. 81, pp. 35 ss., 42 ss.

24 Con esiti sia sulla regolazione in materia di riserve di capitale, v. art. 128, par. 1, punto 6, CRD IV, in arg. v. C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, cit., p. 92 ss.; sia in rapporto ai profili di risoluzione bancaria; sia infine alle disposizioni del Pillar 2; per un quadro v. A. Melis, K. Weissenberg, *EU Banks' Journey Towards An Enhanced Capital Framework*, cit.

25 Sul rapporto tra gestione della banca e autorità di vigilanza v. G. Guizzi, *Appunti in tema di interesse sociale e* governance *nelle società bancarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, pp. 241 ss., 261 ss.

26 La modificazione del rapporti quantitativi tra finanziatori di capitale ridefinisce la distribuzione dei poteri tra *shareholder* e stakeholder, e, conseguentemente, le scelte gestorie, in luogo di molti, D. Min, *Balancing the Governance of Financial Institutions*, in *Seattle University Law Review*, 2017, vol. 40, pp. 743-64, 747 s., il quale non ritiene significative le differenze tra la *governance* bancaria e quella di diritto comune; con diversi esiti K.J. Hopt, *Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions After the Financial Crises*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2013, vol. 13, p. 236 ss.; come noto, si considera tra le conseguenza di una (imposizione di alti livelli di) capitalizzazione di *equity* l'aumento degli incentivi per i *manager* alla massimizzazione del valore e la conseguente tendenza a gestioni fortemente incentrate sul rischio, mentre forme di capitalizzazione per *debt* paiono ridurre questa propensione, in arg., con dif-

– secondo i tradizionali rapporti *principal-agent*[27].

La indeterminatezza delle regole di selezione del capitale è oggetto di arbitraggi normativi: il tema definitorio presenta particolari difficoltà[28], la regolamentazione non fornisce presupposti applicativi nell'ordine organizzativo degli strumenti finanziari[29], ma considera gli strumenti in funzione della disciplina della capitalizzazione.

Nell'economia di questa ricerca, si proverà a dare un quadro complessivo delle condizioni che caratterizzano il *common equity capital* e a introdurre i temi in cui il diritto prudenziale si sovrappone al diritto societario per provare a indicarne possibili esiti problematici.

2 Le azioni ordinarie e la funzione dei criteri di ammissibilità di Basilea III

Ritornando sui suoi passi e su alcune scelte che avevano concesso molto spazio all'uso di strumenti ibridi, il documento «A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems»[30], come già in passato[31], il Comitato di Basilea ritorna a considerare il capitale bancario secondo due classi le cui funzioni individuano, ri-

ferenti esiti, J.R. Macey, G.P. Miller, *Corporate Stakeholders: A Contractual Perspective*, in *University of Toronto Law Journal*, 1993, vol. 43, pp. 401-24. La struttura finanziaria bancaria prevede *stakeholder* normalmente non coinvolti nella *governance* societaria come i depositanti, in arg. N. Kleftouri, *Deposit Protection and Bank Resolution*, Oxford, 2015, p. 4 s.; P.O. Mülbert, *op cit.*, p. 420.

27 Cfr. J. Kay, *Other People's Money*, London, 2015, *passim*, p. 285 ss.; più in generale, sul tema della *governance*, da ultimo, Z. Goshen, R. Squire, *Principal Costs: a New Theory for Corporate Governance Law and Governance*, in *Columbia Law Review*, 2017, vol. 117, pp. 767-830, ove ulteriori riferimenti alla teoria classica in materia di *agency cost*; P.O. Mülbert, *Corporate governance of Banks*, in *European Business Organization Law Review*, 2009, vol. 10, pp. 411-36; e, scomponendo il capitale di *equity* in interno ed esterno, il noto lavoro di M. Jensen, W. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, vol. 3, pp. 305-60.

28 E.F. Gerding, *The Dialectis of Bank Capital: Regulation and Regulatory Capital Arbitrage*, in *Washburn Law Journal*, 2016, vol. 55, pp. 357-84, 365-7; D. Jones, *Emerging Problems with the Basel Capital Accord: Regulatory Capital Arbitrage and Related Issues*, in *Journal of Banking and Finance*, 2000, vol. 24, p. 35 ss.; D. Awrey, *Law, Financial Instability, and the Institutional Structure of Financial Regulation*, in *Systemic Risk, Institutional Design, and the Regulation*, edited by A. Anand, Oxford, 2017, pp. 61 ss., 71 s.; tema che, come noto, si pone anche nel diritto societario comune, cfr. E. Enriques, *A Harmonized European Company Law: Are We There Already*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, vol. 66, pp. 763-77.

29 La cui definizione è affidata nella tecnica legislativa ai legislatori nazionali, in arg. P.-H. Conac, *Right to the Investor*, in *Intermediated Securities*, edited P.-H. Conac, U. Segna, L. Thévenoz, Cambridge, 2013, pp. 105 ss., 106 s.

30 Cfr. *supra*, nt. 2.

31 Aveva già scomposto il capitale bancario in due classi in BCBS, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, July 1988.

spettivamente, le risorse necessarie a consentire la continuità dell'attività (continuità aziendale, o *going concern*) attraverso la copertura delle perdite (classe 1), e quelle che producono il ripianamento delle perdite nel caso in cui l'ente non possa continuare l'attività (*gone concern*) poiché in dissesto (classe 2)[32].

Come accennato, il Comitato ha analiticamente individuato le componenti del *Tier 1*, distinguendo tra c*ommon equity tier 1 capital* (CET1), composto da valori riferibili all'emissione di azioni ordinarie e a riserve da accantonamento di utili, e *additional tier 1 capital* (AT1).

Comportano l'applicazione della disciplina[33] del CET1 i valori riferibili agli strumenti di patrimonializzazione identificabili con le azioni ordinarie[34] (*common share*)[35], al sovrapprezzo delle azioni, alle riserve di utili e alle altre riserve palesi, comprese quelle di rivalutazione[36].

Rispetto alle azioni ordinarie, il Comitato indica le caratteristiche giuridiche dello strumento di capitalizzazione identificando i «*criteria for classification as common shares for regulatory capital purposes*»[37]. L'individuazione dei criteri da parte del Comitato di Basilea si associa al requisito formale della qualificazione dello strumento come *azione*[38]. Il Comitato ritiene che le sole *common share*

32 In arg. BCBS, Basel III, par. 49; in luogo di molti, J. Armour, D. Awrey, P. Davies, L. Enriques, J. Gordon, C. Mayer, J. Payne, *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, p. 305 s.; C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, cit., pp. 16 ss., 71; Id., *Natura e funzione del «capitale» delle banche nella nuova regolazione*, in *Banca, impresa, soc.*, 2015, pp. 53 ss., 57 ss.

33 BCBS, Basel III, par. 50, prevede che il CET1 debba in qualunque momento rappresentare almeno il 4,5% delle attività ponderate per il rischio, così che l'AT1 possa costituire, al più, la forbice (1,5%) compresa tra la percentuale indicata e il minimo del Tier 1 al 6%. Ciò perché si è previsto che il rapporto tra patrimonio di vigilanza (*regulatory capital*) e attività ponderate per il rischio (*risk-weighted asset*) consista minimo nell'8%; così che il *core capital*, «patrimonio di base» (Tier 1 capital), sia individuato in una misura del 6% del rapporto indicato; cfr. BCBS, Basel III, parr. 50; 94, lett. b).

34 Cfr. BCBS, Basilea III, par. 52, secondo cui sono comprese quelle emesse da controllate della banca che rientrano nel calcolo del consolidamento e sono detenute da terzi – identificate come *interessi di minoranza*.

35 BCBS, Basel III, par. 53.

36 Che non sono oggetto delle presenti riflessioni; è tuttavia da notare che mentre nel caso delle azioni ordinarie quello che viene in evidenza immediata – almeno da un punto di vista rappresentativo – è il tipo di strumento, per gli altri casi è la computabilità in una tipologia (di disciplina) del patrimonio a essere percepita immediatamente.

37 Lo fa identificando dei criteri di selezione delle azioni, BCBS, Basel III, par. 53, Criteria for classification as common shares for regulatory capital purposes (*inde*, criteri; il testo riportato è quello corrispondente alla trad. it. di Basel III).

38 A causa della natura della regolazione e della tecnica redazionale, il riferimento all'*azione* nel caso di Basel III risulta solo parte della regolazione rilevando come uno dei criteri per la valutazione del capitale. Del resto, al par. 53, i criteri vengono indicati «for classification *as common shares* for regulatory capital purposes» e, in nota, si specifica che vengono applicati anche alle banche che presentano forma diversa da

siano adeguate a svolgere la funzione prudenziale, mentre, come si vedrà, le autorità dell'Unione Europea sono del parere che siano sufficienti i soli quattordici criteri indicati dall'Accordo di Basilea[39]. Il riferimento alle *common share* non sembra necessario poiché nel contesto dell'UE del termine non viene fornita una nozione, né si rintraccia la presenza di una nozione costante e conforme tra i diritti nazionali.

La regolazione di Basilea opera, pertanto, su due piani, quello formale, legato alla qualificazione dello strumento come azione secondo le discipline nazionali, e quello *sostanziale* collegato alla identificazione dei criteri per la classificazione. In questo modo si rendono comparabili, su un piano di operatività internazionale, gli strumenti azionari delle banche soggette a legislazioni nazionali differenti. Il Comitato fornisce un sistema normativo *standard* e uniforme di raffronto e valutazione delle regole degli strumenti rispetto ai quali l'enucleazione di criteri validi a livello internazionale tende ad attenuare la competizione tra ordinamenti, e, su altro piano, a ridurre gli arbitraggi normativi possibili su scala planetaria basati sullo scollamento tra requisito formale e requisiti sostanziali degli strumenti[40]. Il regolamento UE 575/2013 riprende sia la suddivisione qualitativa del capitale bancario, sia le disposizioni quantitative cui si riferisco-

(l'equivalente di) «joint stock company», come «mutual, cooperative, or saving institution». «The application of the criteria should preserve the quality of the instruments by requiring that *they are deemed fully equivalent to common shares* in terms of their capital quality as regards loss absorption and do not possess features which could cause the condition of the bank to be weakened as a going concern during periods of market stress». Basilea III non fornisce una nozione delle azioni, ma attribuisce significato al processo di formalizzazione dell'azione, che assicurare gli strumenti posseggano delle caratteristiche giuridiche, e individua un modello di condizioni che ricostruiscono in via sostanziale il contenuto giuridico delle azioni tramite l'enucleazione dei criteri del par. 53. Di ciò pare potersi trovare conferma nel documento BCBS, Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP). Assessment of Basel III regulations – European Union, (December 2014), (*inde*, RCAP UE), nel quale il Comitato di Basilea analizza la coerenza della regolazione europea con Basel III – ma esistono pubblicazioni analoghe anche per altri stati. Rispetto ai quattordici criteri indicati dal par. 53, Basel III, l'Assessment Team, che ha redatto il documento, ritiene che «Basel III uses the term "common shares" in its generally understood, common usage sense as being the primary traded share capital instrument of the company [...]. The common shares requirement is additional to the 14 criteria; otherwise there would be no point to its explicit and highlighted inclusion», cfr. BCBS, RCAP UE, 2.3., p. 26 s.

39 Cfr. BCBS, Basel III, par. 53 e art. 28 CRR.

40 Sulla inclusione delle norme di *soft law* tra le fonti «reali» della legislazione bancaria, R. Costi, *L'ordinamento bancario*[5], Bologna, 2013, p. 581; G. Giannelli, *Gli accordi di Basilea 2 tra soft law e autonomia organizzativa delle banche*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di P.M. Sanfilippo, V. Di Cataldo, Milano, 2008, pp. 219 ss., 222 ss. Rilevano il ruolo degli organismi internazionali nella produzione della regolazione dell'attività di vigilanza F. Capriglione, *Finalità della supervisione ed articolazione dei controlli pubblici*, in *L'ordinamento finanziario italiano*[2], a cura di F. Capriglione, vol. 1, Padova, 2010, p. 288 ss.; V. Santoro, *I limiti del mercato e il fallimento della regolamentazione*, in V. Santoro (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, a cura di V. Santoro, vol. 1, Milano, 2012, p. 6 s.

no i modelli disciplinari degli strumenti di capitalizzazione[41] effettuata da Basel III. Per evitare nell'esposizione la duplicazione della trattazione di questi argomenti, ci si limiterà all'esame dei requisiti descritti dal regolamento 575/2013.

3 L'emanazione della normativa sul capitale bancario in Europa

La legislazione in materia capitalistica bancaria in Europa è oggi influenzata dalla regolazione di Basilea III, così come in passato dalle precedenti edizioni degli Accordi[42]. Ma la fortuna nell'Europa continentale delle regole di Basilea non pare ascrivibile a un immediato rapporto di adozione, o trasposizione. Fattori politici rilevanti, le modalità proprie del procedimento di legislazione e il modello di normazione[43] adottato hanno individuato la funzione degli Accordi di Basilea come schema disciplinare, sia pure significativamente articolato, rilevante da un punto di vista interpretativo.

In Europa, si è già considerato, la normazione in materia di requisiti di capitale delle banche è compito assegnato alla direttiva 2013/36/UE e al regolamento 575/2013/UE[44]. In particolare, il CRR è direttamente applicabile negli stati membri dell'Unione e stabilisce regole uniformi[45] riguardanti i «requisiti prudenziali generali» che

41 Cfr. *considerando* 41, CRR.

42 Per ulteriori riferimenti, senza tema di completezza, F. Accettella, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca borsa tit. credito*, 2013, I, p. 462 ss., p. 468, testo e note 22, 23, 24; e per la precedente legislazione A. Urbani, *L'impresa bancaria italiana nella prospettiva del mercato unico europeo*, Padova, rist. inalt. 2005, *passim*, spec. p. 66 ss.

43 Sul processo essenzialmente politico-economico che ha portato al recepimento degli standard del Comitato di Basilea in Europa, cfr. D. Howarth, L. Quaglia, *Banking on Stability: The Political Economy of New Capital Requirements in the European Union*, in *Journal of European Integration*, 2013, vol. 35, pp. 333-46; D. Howarth, L. Quaglia, *The Comparative Political Economy of Basel III in Europe*, in *Policy and Society*, 2016, vol. 35, pp. 205-14; J. Atik, *op. cit.*

44 Insieme formano il quadro giuridico di riferimento per l'accesso all'attività bancaria e finanziaria, la vigilanza e le norme prudenziali di enti creditizi e imprese di investimento, in arg. v. *considerando* 5 CRR. Sull'applicazione anche ai paesi dell'Unione Europea che non adottano l'euro, in luogo di molti, E. Ferran, V.S.G. Babis, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2013, vol. 16, pp. 255-85.

45 Forma scelta dal legislatore europeo per evitare che il recepimento di una direttiva in materia prudenziale possa dar vita differenti disposizioni nazionali e ad arbitraggi normativi, cfr. *considerando* 8, 12, CRR; in arg., in luogo di molti, V.S.G. Babis, *Single Rulebook for Prudential Regulation of EU Banks*, cit., p. 798.

gli enti sottoposti a vigilanza secondo la CRD[46] devono soddisfare[47].

Il quesito che si pone riguarda quindi il rilievo che questi posseggono nella conformazione degli strumenti emessi dalle banche secondo la normativa nazionale – e, cioè, se nella emissione di azioni le banche siano obbligate a caratterizzare le medesime in maniera che il loro contenuto giuridico risulti conforme al regolamento CRR[48].

Uno degli obiettivi principali nell'elaborare le nuove regole in materia di requisiti di capitale del legislatore europeo è stato quello di adottare norme uniformi e di armonizzazione massima per l'intera Unione. Il diritto prudenziale si innesta quindi su un sistema di diritto societario comune, diverso tra gli stati membri, ed è quindi necessario considerare i rapporti di integrazione, il cui esito sembra assumere, almeno per una parte della disciplina, quello di un diritto societario delle banche europee – il quale, in virtù del diritto societario comporta inevitabili diversificazioni[49].

Ciò comporta una considerazione differente dei requisiti del CRR che, se da un lato possono esser apprezzati unitariamente in relazione alla funzione propria del regolamento CRR, dall'altra pongono il tema del rilievo assunto all'interno della legislazione nazionale, ove ha sede propria il diritto societario, e del rapporto di reciproca interferenza.

Il CRR, ai limitati fini della individuazione degli strumenti di capitale, predispone una serie di requisiti degli strumenti. Questo modello opera su due piani: quello delle norme nazionali e quello delle norme degli strumenti emessi. Dal primo punto di vista, le norme na-

46 Alla direttiva 2013/36/UE è assegnata la regolazione della disciplina patrimoniale che accompagna nella regolazione Basel III i requisiti di ulteriore capitalizzazione.

47 Sui profili critici della tecnica legislativa nel diritto societario v. L. Enriques, *A Harmonized European Company Law: Are We There Already?*, in *ICLQ*, 2017, vol. 66, pp. 763-77; P. Montalenti, *Il diritto societario europeo tra armonizzazione e concorrenza regolatoria*, in *Unione Europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, a cura di P. Montalenti, Milano, 2016, p. 91 ss. Sul modello operativo delle direttive, in luogo di molti, G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea. Parte Istituzionale*, Torino, 2016, p. 293 ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (già diretto da), P. Schlesinger (continuato da), Milano, 2010, p. 473 ss.

48 Tra le sentenze che conformano e precisano la regolamentazione bancaria che iniziano a essere pronunciate dai tribunali europei, cfr. Trib. EU, 13 dicembre 2017, T–712/15, Crédit mutuel Arkéa v. BCE e Commissione Europea; Trib. EU, 13 16 maggio 2017, T–122/15, Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank, v. BCE e Commissione Europea.

49 Tanto che vi è chi si domanda se sia oramai legittimo riferirsi al diritto delle imprese bancarie, «derogatori[o] rispetto al regime comune, [quindi capace di] costituire un sistema disciplinare autonomo, fonte di regole e principi generali, dal cui stesso bacino attingere criteri ed elementi per la regolazione di eventuali lacune», cfr. M. Perrino, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pisa, 2016, p. 372; in arg. M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, cit., p. 431 s.

zionali dello strumento assimilabile a quello descritto dal CRR devono corrispondere ai requisiti indicati dal CRR per poter essere astrattamente considerati idonei a formare capitale CET1 dalla valutazione delle autorità competenti ed essere quindi inclusi nell'elenco di strumenti CET1 redatto dall'EBA. Quindi, su altro e successivo piano, le norme che disciplinano lo strumento emesso dalla banca soggetto alla valutazione della ECB o di altra autorità di vigilanza devono possedere i requisiti del CRR perché possano essere classificati come strumenti CET1. Avendo presente questo schema intermedio, si può riferire di quantità di capitale di una certa qualità. Più nel dettaglio, si considera che le norme del CRR non fanno che organizzare delle discipline di valori, eterogenee circa l'origine dell'emissione e l'efficacia. Al concetto di capitale si associa una disciplina ulteriore e differente da quella del diritto societario comune: quest'ultima è presupposta nel diritto societario bancario europeo.

Queste premesse consento di considerare in via unitaria le norme dell'art. 28, nonché degli artt. 29 e 31 CRR[50] – sebbene siano esclusi da queste considerazioni.

I compiti che il legislatore europeo assegna al CRR sono assolti se la prima destinataria delle norme in tema di capitalizzazione è la banca, che emette gli strumenti, e i legittimati che ne sottoscrivono il suo capitale – atto che in sé rappresenta una disciplina del finanziamento – in quantità sufficiente per ottenere l'autorizzazione e rispondere ai requisiti quantitativi minimi che si ritengono necessari per gli scopi della disciplina. Questa impostazione risponde all'idea che sia la banca a capitalizzare sé stessa, con capitale proprio[51], diversamente, oltre a rispondere negativamente alle esigenze di riduzione della leva finanziaria, si ridurrebbe il rapporto quantitativo di capitale CET1 richiesto dalla norma in favore di capitale di cui la banca potrebbe essere chiamata alla restituzione.

La funzione attribuita dal CRR al CET1 diviene rilevante se ci si avvede che i compiti attribuiti alla rassegna dei requisiti degli strumenti di capitalizzazione ha un proprio spessore. Il loro *valore giuridico* poggia infatti sulle condizioni di immediata applicabilità del regolamento CRR e dei regolamenti delegati in materia e sulla loro diretta efficacia rispetto alle discipline nazionali[52]. A tal fine è necessario che i requisiti stabiliti dal regolamento siano compatibili

50 I quali, rispettivamente, prendono in considerazione i requisiti prudenziali degli strumenti CET1 delle banche cooperative e gli strumenti emessi in occasione di aiuti di stato.

51 Sul concetto di capitale proprio, cfr. G. Ferri *jr, Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, pp. 805 ss., 822.

52 Il tema implica ulteriori considerazioni circa i problemi della efficacia diretta e orizzontale dei regolamenti, vale a dire, della vincolatività dei suoi contenuti per gli stati e i soggetti alle leggi sul territorio di operatività dei trattati.

con quanto richiesto dalla legislazione europea[53] e, cioè, siano dotati di chiarezza, precisione, e incondizionalità. Se si verificano queste condizioni, i requisiti per l'individuazione degli strumenti di capitale hanno diretto valore per la normativa nazionale e sono applicabili al suo interno[54].

4 I coefficienti di capitalizzazione minima previsti dal CRR

Il regolamento fissa i requisiti di fondi propri che gli enti devono *sempre* soddisfare sia in funzione della prevenzione del rischio bancario nelle sue differenti modulazioni, sia dello svolgimento dell'attività bancaria[55]; questi aspetti portano a considerare i valori investiti in funzione dinamica, in ragione dello svolgimento dell'attività bancaria, in riferimento al profilo di rischiosità delle attività, e non, o non solo, in considerazione di una eventuale fase liquidatoria, ovvero in rifermento agli effetti applicativi della risoluzione bancaria[56].

Il regolamento prevede quindi che il rapporto tra attività (*asset*), valutate per il rischio[57], e (i valori sottoposti alla disciplina riassunti-

53 Quelle che la norma identifica sembrano essere più facilmente assimilabili a dei requisiti (*requirement*) che gli strumenti debbono possedere che non a delle condizioni – il testo della norma, forse non del tutto correttamente usa il termine condizioni (*condition*, nella versione inglese) –; considerazioni analoghe svolge G. Lo Schiavo, *Conditions and Obligations in ECB Supervisory Decisions as Ancillary Provisions under SSM Law*, in *ECFR*, 2017, pp. 94-120, 96 s., che solleva il problema a proposito dei requisiti regolamentari e di condizioni imposte dalle autorità di controllo in relazione al *Single Supervision Mechanism*. Nel testo, stipulativamente, i termini vengono usati come sinonimi.

54 In arg. B. Joosen, *Regulatory capital requirements and bail in mechanisms*, p. 182 ss.

55 Si è già accennato al profilo dei valori che considerati in funzione della vigilanza si spostano sul tema dell'attività bancaria; in arg. art. 73 CRD. Lo stretto legame esistente tra il CRR e la CRD parrebbe consentire di considerare quest'ultima in ottica interpretativa del primo, laddove la finalità di vigilanza altro non rivela se non l'intento di preservare l'operatività imprenditoriale della società bancaria non sembrando potersi giustificare da sé un intento di vigilanza. Gli stessi ulteriori esiti della vigilanza, il mantenimento della stabilità del mercato, l'accesso al credito, la prevenzione delle crisi, tra gli altri, non paiono che funzioni della garanzia dello svolgimento dell'impresa.

56 Profilo questo non sempre chiaro in letteratura ove è diffusa la tendenza a sovrapporre le ragioni sottese alla disciplina del CRR a quelle della BRRD; v. infatti, B.P.M. Joosen, *Regulatory capital requirements and bail-in mechanism*, cit., *passim*, p. 177.

57 Cfr. art. 92, par 2., lett. a), b), c), CRR, il quale impone che gli enti calcolino i coefficienti del CET1, Tier 1 e la somma del Tier 1 e Tier 2, «in percentuale dell'importo complessivo dell'esposizione al rischio». Quest'ultimo è il risultato della somma degli elementi individuati dalle lett. a) ad f), art. 92, par. 3, CRR, considerato (par. 4) che i requisiti di fondi propri riguardano i rischi in funzione di tutte le attività dell'ente; tema questo che non può essere qui trattato, si v. art. 93 CRR; sul calcolo del rischio secondo le tipologie di attività svolte, cfr. M.B. Gordy, E.A. Heitfield, J. Wu, *Risk-Based Regulatory Capital and the Basel Accords*, cit., p. 551 s., ove anche considerazioni critiche, su cui anche, in luoghi di molti, H.S. Scott, A. Gelpern, *International Finance. Law and Regulation*, 3th ed., London, 2012, p. 486; H.P. Tarbert, *Are International Ad-*

vamente considerata come) *common equity*[58] debba attestarsi in una percentuale pari, almeno, al 4,5% (art. 92, par. 1, lett. a, CRR); un coefficiente minimo per il *Tier 1* pari al 6% (art. 92, par. 1, lett. b, CRR); e considera che il *capitale totale regolamentare* debba risultare in misura almeno dell'8% «dell'importo complessivo dell'esposizione al rischio» (art. 92, par. 1, lett. c, par. 2, CRR).

5 Il *common equity capital tier* 1 (CET1) del CRR

Sulla base delle disposizioni dell'art. 26 CRR è possibile distinguere il *common equity capital tier 1* in due categorie in relazione alle fonti di sua provenienza, quello che origina da strumenti di capitale (art. 26, par. 1, lett. a, CRR) e quello con diversa fonte (art. 26, par. 1, lett. b, c, d, f, CRR). Rispetto alla prima categoria, perché si possa considerare i valori appartenenti alla tipologia CET1, gli strumenti a cui farne risalire l'assoggettamento alle regole bancarie devono possedere determinati requisiti (artt. 28, 29 CRR). Per le altre fonti le regole sono differenti, sebbene siano considerate in riferimento la prosecuzione dell'attività bancaria (art. 26, par. 1, co. 2, CRR).

L'esposizione a seguire considererà dapprima l'istituto dello strumento di capitale e quindi i requisiti giuridici che debbono caratterizzare gli strumenti per essere classificati come CET1 e, quindi, i possibili punti di sovrapposizione con le regole societarie nazionali.

6 La scelta dell'istituto dello strumento di capitale per il CRR. Gli strumenti CET1

Rispetto alla scelta del Comitato di Basilea di considerare adeguato alla funzione *going concern* il solo capitale azionario, la Commissione europea opera un'altra scelta e costruisce la regolazione bancaria intorno alla nozione sostanziale di strumento di capitale. Il risultato è che il CRR considera «strumenti di fondi propri» gli «strumenti di capitale» che siano emessi dall'ente e che posseggano «i requisiti per essere considerati strumenti del capitale» – nel caso che si va esaminando, «primario di classe 1»[59].

La scelta dell'istituto dello «strumento di capitale», pur non rifiu-

equacy Rules Adequate? The Basle Accord and Beyond, in *University Pennsylvania Law Review*, vol. 148, 2000, pp. 1771-1849, 1791.

58 Come per le forme di capitalizzazione indicate a seguire.

59 Cfr. art. 4, par. 1, punto 119, CRR. Ma il riferimento agli strumenti come istituti giuridici ai fini di una delle forme di capitale ammesse dalla regolazione è costante, il regolamento, infatti, considera espressamente gli strumenti aggiuntivi di classe 1 (AT1) e quelli di classe 2, oltre gli strumenti CET1, cfr., art. cit. nel testo.

tando le discipline nazionali dell'azione ordinaria[60], diversamente da Basel III, estende il novero degli strumenti a quelli che possono assoggettare alle regole del CRR «capitale di qualità equivalente alle azioni ordinarie». A tal fine il CRR ha stabilito dei requisiti[61] a cui le banche e le autorità di controllo devono attenersi nella valutazione del contenuto giuridico degli strumenti secondo un principio sostanziale oggi individuato dall'art. 79 *bis*[62].

Il materiale preparatorio dell'attuale legislazione europea in materia di requisiti prudenziale consente di esaminare alcuni argomenti su cui si sono poi basate le scelte in vigore[63].

---

60 Tema questo non risolto poiché sebbene le società bancarie europee per azioni siano strutturate sul rilievo del capitale sociale quale norma qualificante dell'investimento, la definizione valida ai fini della partecipazione azionaria non è costante e generalizzata per tutto il diritto societario europeo (strutturato sulle modalità delle direttive) e, quindi, anche, per la legislazione bancaria; sul rilievo della direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, la «Seconda direttiva», e sulle successive modificazioni e refusioni, in luogo di molti, M. Maugeri, *Struttura finanziaria della s.p.a. e funzione segnaletica del capitale nel diritto europeo armonizzato*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, a cura di M.V. Benedettelli, M. Lamandini, Torino, 2016, p. 329 ss., e in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 1 ss.; sulla funzione normativa del capitale sociale e il rilievo giuridico dell'investimento azionario, v. G. Ferri *jr*, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzione del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 741 ss.; sui rapporti tra la direttiva citata e la legislazione bancaria comunitaria v. sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 8 novembre 2016, C-41/15 - Grande sezione, con nota di V. De Stasio, *La seconda direttiva europea sul capitale sociale e la deroga nella crisi sistematica bancaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017, II, p. 14 ss.

61 Cfr. artt. 28, 29, 31 CRR, rispettivamente per le società azionarie, le cooperative, e gli strumenti di capitale primario corrispondenti ad aiuti di stato. Sulle banche cooperative si rinvia a G. Martina, *Le azioni di finanziamento delle banche di credito cooperativo tra profili di* governance *e risvolti patrimoniali*, Milano, 2018, p. 89 ss.

62 La norma è stata introdotta dal Regolamento (UE) n. 2019/876 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda il coefficiente di leva finanziaria, il coefficiente netto di finanziamento stabile, i requisiti di fondi propri e passività ammissibili, il rischio di controparte, il rischio di mercato, le esposizioni verso controparti centrali, le esposizioni verso organismi di investimento collettivo, le grandi esposizioni, gli obblighi di segnalazione e informativa e il regolamento (UE) n. 648/2012 (la cui introduzione che è valsa al CRR la comune definizione di CRR 2). L'approccio era stato già segnalato a proposito degli strumenti finanziari partecipativi da S. Boatto, *Strumenti finanziari partecipativi emessi da s.p.a. bancarie*, cit., p. 28; e, più in generale, per questo ordine di idee prima della recente riforma del regolamento 575/2013 (*infra*, nt. a seguire), cfr. V. Bevivino, *Capitale e struttura finanziaria delle società bancarie europee per azione*, Tesi di ricerca, Venezia, a.a 2017/2018, p. 135 ss., spec. pp. 136, 162 s.

63 Sul rilievo dei lavori preparatori della legislazione europea in funzione interpretativa, in riferimento ai trattati, v. S. Miettinen, M. Kettunen, *Travaux to the EU Treaties: Preparatory Work as a Source of EU Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, vol. 17, pp. 145-67; K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *Columbia Journal of European Law*, 2014, vol. 20, pp. 3 ss., 19 s.; sull'interpretazione della legislazione europea v. H. Rösler, *Interpretation of Eu Law*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier, Oxford, 2012, pp. 979-82; E. Russo, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in

Il documento *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on prudential requirements for credit institutions and investment firms* (Part 1), che costituiva la proposta di regolamentazione in materia di requisiti prudenziali, elaborato dalla Commissione Europea nel 2011, realizzò che le scelte del Comitato di Basilea, che interessavano «le banche attive a livello internazionale costituite come società per azioni», spingevano a considerare «the highest quality own funds instruments» le sole «ordinary shares» e pur proponendosi di attuare i criteri di Basel III, prospettò l'idea di non limitare «la forma giuridica degli elementi di fondi propri di qualità elevatissima emessi da enti costituiti come società per azioni alle sole azioni ordinarie», la cui definizione, ancor oggi, dipende dal diritto societario nazionale[64]. La proposta elaborava un criterio stringente che assicurava che solo «the highest quality instruments would be recognised as the highest quality form of regulatory capital», che, in corrispondenza, valeva per gli «instruments that [were] as high quality as ordinary shares» e che sarebbero stati trattati a tale stregua[65]. L'utilizzo della nozione di strumento[66], in favore della quale veniva abbandonata quella di azione, consentiva l'inclusione di forme di capitalizzazione le cui regole variavano rispetto al modello elaborato da Basel III.

Il passaggio da una regolazione di *soft law* a una di *hard law* determina un inevitabile scollamento tra gli esiti disciplinari in ragione sia dei modelli di normazione, sia delle valutazioni di politica del diritto che soggiacciono alla formazione delle norme[67]. La scelta de-

Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2008, p. 247 ss., in riferimento al tema dei lavori preparatori.

64 Sul rapporto tra diritto societario europeo e la legislazione bancaria CRD IV–CRR, v. D. Bush, G. Ferrarini, *A Banking Union for a Divided Europe. An Introduction*, in European Banking Union, edited by D. Busch, G. Ferrarini, Oxford, 2015, pp. 3 ss., 13 s.

65 Cfr. European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on prudential requirements for credit institutions and investment firms (Part 1)*, COM(2011) 452 final, § 5.2.2.; all'EBA, conclude, la Commissione, per «garantire la piena trasparenza degli strumenti riconosciuti», «la proposta impone di elaborare, aggiornare e pubblicare un elenco dei tipi di strumenti riconosciuti».

66 Anche per le forme di capitalizzazione differenti da quella azionaria. In letteratura si distingue tra strumenti finanziari, caratterizzati dalla patrimonialità e dalla tipicità, e contratti di finanziamento dell'impresa, connotati dal principio dell'autonomia negoziali – profili questi che paiono potersi confermare in riferimento alla dimensione europea della regolazione in commento –, cfr. M. Stella Richter *jr*, *Strumenti finanziari e società per azioni*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di giurisprudenza commerciale, Atti del convegno* (Milano, 13-14 giugno 2014), R. Sacchi (coord.), Milano, 2015, pp. 53 ss., 62 ss., spec. 64 s.

67 Sul tema C. Brummer, *Soft Law and the Global Financial System. Rule making in 21st century*, 2nd ed., Cambridge, 2015, pp. 119 ss., 276 ss. e spec. 283 s., ove, rispettivamente, i temi della *compliance* della regolazione e dell'attuazione di Basel III nel diritto europeo a opera della disciplina prudenziale; più in generale, L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, *passim*, spec. p. 325 ss.; per una collocazio-

finitiva della regolazione 575/2013 ha consentito l'estensione dei tipi di strumenti di capitale, realizzando un programma di acquisizione legislativa dei modelli finanziari pubblici in conseguenza di scelte di politiche economica dei singoli paesi europei[68], di cui i requisiti adottati con l'emanazione dell'art 28 CRR sono il risultato formale; e, al contempo, nella transazione al nuovo regime[69], ha consentito di conservare all'interno del *Tier 1* gli strumenti ibridi che la direttiva 2009/111/CE vi aveva accolto[70].

ne nel quadro delle fonti del diritto, in luogo di molti, A. Somma, Some like it soft. Soft law *e* hard law *nella costruzione del diritto privato europeo*, in Soft law *e* hard law *nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, p. 155 ss.

68 L'EBA, nel 2011, con la pubblicazione di un *report* sugli *stress test* sui patrimoni di alcune banche, suggeriva che il capitale governativo poteva essere incluso nel patrimonio di vigilanza solo se avesse risposto alla regolazione più stringente in materia – equivalendo, per esempio, al *core Tier 1 capital* – così da applicare le medesime a tutte le forme di *equity*. Ciò avrebbe comportato l'esclusione dal capitale bancario a fini di vigilanza degli strumenti convertibili, usati dalle autorità tedesche per ricapitalizzare alcune banche nazionali. In Germania, infatti, erano diffuse forme di *hybrid capital* conosciute come *silent participation*. In un documento che analizzava lo stato della patrimonalizzazione delle banche europee, su richiesta della Commissione, l'allora Committee of European Banking Supervisors (CEBS), oggi, come noto, sostituito dall'EBA, ne rappresentava l'incidenza quantitativa e la forma giuridica: pur possedendo dal punto di vista patrimoniale caratteristiche analoghe alle azioni ordinarie, la *silent participation* aveva come titolare il governo – o sue espressioni, che «does not appear as an owner of the company in the trade register» – e non assegnava diritti di amministrativi e cfr. CEBS, Quantitative analysis of eligible own funds in the EEA, (13 March 2007). La reazione fu una profonda critica da parte delle autorità finanziarie regionali e federali tedesche – compresa la BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht), l'autorità di vigilanza finanziaria federale – il cui esito comportò l'inclusione da parte dell'EBA dei *convertible instrument* nella definizione di capitale e l'introduzione nel trattamento degli strumenti di capitale della distinzione tra pubblici e privati; cfr. R. Ayadi, E. Arbak, W.P. De Groen, *Implementing Basel III in Europe*, cit., p. 2 s.; G. Baltali, J. Tanega, *Basel III: Dehybridization Of Capital*, in *NYU Journal of Law and Business*, 2011, vol. 8, pp. 1 ss., 47-9; sugli interventi dell'Autorità Bancaria Europea, EBA, *Overview of the Capital Plans following the EBA Recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence*, EBA 2012 005, 9 February 2012; ed EBA, *Recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence*, EBA BS 2011 173, London 8 December 2011.

69 Infatti, European Commission, *Proposal*, cit., § 5.2.2, considerò che Basel III aveva previsto che il ritiro degli strumenti non conformi alla nuova normativa, emessi da enti in forma non di società per azioni, sarebbe avvenuto entro dieci anni; e, conformemente alle modifiche che la direttiva 2009/111/CE aveva apportato alla materia dei fondi propri, avvertendo la necessità che le diverse forme giuridiche societarie fossero soggette a un «trattamento coerente», predispose (parte X, titolo I, capo 2) che la medesima clausola di salvaguardia (c.d. di *grandfathering*) fosse estesa anche agli «*highest quality instruments*» diversi dalle azioni ordinarie, e al relativo sovrapprezzo, emessi da enti a forma azionaria. Il ritiro degli strumenti fu rapportato alla loro data di emissione che la Commissione, per evitare l'applicazione retroattiva delle norme prudenziali, stabilì nella data di adozione del regolamento; in arg. v. ora art. 26 CRR.

70 In letteratura si è considerato tali forme di capitalizzazione già accettate dalla direttiva 2006/48/CE, cfr. C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, cit., 39, testo e nt. 73; e, per alcuni autori, dalla direttiva 2000/12/CEE, cfr. R. Basso, M. Marangoni,

7 La classificazione delle condizioni degli strumenti di capitalizzazione CET1 nella letteratura

L'Unione Europea, richiamandosi all'Accordo di Basilea, ha articolato i provvedimenti sui requisiti di capitale ai fini dell'applicazione della disciplina prudenziale conformando le regole sui rapporti *quantitativi* tra finanziamenti dell'impresa bancaria, espresse percentualmente in rapporto all'esposizione alle attività bancarie di rischio dell'attività bancaria (*risk weighted asset*)[71], intorno alla classificazione (*qualitativa*) del contenuto giuridico delle regole di capitalizzazione.

Il regolamento CRR, come si è già detto, non prende in considerazione nozioni del capitale, ma accomuna le regole che attendono all'assoggettamento della ricchezza alla disciplina del diritto bancario societario dei valori in base alla compatibilità del contenuto giuridico con le funzioni *going concern* o *gone concern*, e affida alle autorità competenti la verifica della corrispondenza degli effetti programmati dalle parti finanziarie (gli enti emittenti e i finanziatori aderenti alla proposta contrattuale) alle condizioni stabilite dal CRR.

Le condizioni individuate dal CRR, per il *common equity*, in particolare per le società azionarie dall'art. 28 CRR, descrivono quali sono gli effetti incompatibili con le funzioni descritte da norme sorte con il contratto societario stipulato così da stabilire i limiti di applicazione della disciplina prevista per il CET1.

Nella legislazione europea, così come in quella di Basilea, i riferimenti al capitale, ovvero ai tipi di capitale, stanno quindi al posto di discipline di valori, accostate secondo modalità di compatibilità, che consentono di considerare regole, non sempre omogenee, come classi di regole che vengono rappresentate come classi di capitale.

I criteri di Basilea, o la loro corrispondenza nella regolazione europea, sono stati considerati e classificati in letteratura sotto diversi aspetti.

Vi è chi ha selezionato alcune categorie soffermandosi sulla *natura dello strumento* (in base al titolo e alla modalità della raccolta), la *stabilità* dei fondi reperiti, la *remunerazione* nei confronti dei legittimati, la capacità di *assorbimento delle perdite* – a seconda che l'ente si trovi ad operare in continuità aziendale, ovvero siano maturate le condizioni per la liquidazione o l'insolvenza. La presenza combinata e contemporanea della disciplina delle categorie indicate varrebbe poi a distinguere la qualità del capitale CET1 (per il quale tutte sarebbero presenti) dal AT1, per cui varrebbero i soli ultimi tre ca-

Fondi propri, in *Diritto bancario comunitario*, a cura di G. Alpa, F. Capriglione, Torino, 2002, pp. 253 ss., 260 s.

71 In arg., in luogo di molti, M.B. Gordy, E.A. Heitfield, J. Wu, *Risk-Based Regulatory Capital and the Basel Accords*, cit., p. 550 ss.

ratteri principali, mentre la stabilità dei fondi e l'assorbimento delle perdite caratterizzerebbero il *Tier* 2[72].

Altri hanno sintetizzato i criteri di Basilea III necessari perché i valori siano considerati CET1, AT1 e *Tier* 2, *considerando* sufficiente la variazione, più o meno intensa, della loro applicazione per differenziare le tre componenti[73] dei fondi propri.

Queste, come altre possibili letture coordinate delle condizioni del CRR[74], presentano diverse utilità, sia dal punto di vista espositivo, sia della messa a fuoco di alcuni temi ritenuti in letteratura caratterizzanti i gruppi di requisiti. A seguire si prediligerà un'esposizione estesa che possa introdurre le problematiche di tipo societario riferibili alle condizioni prudenziali degli strumenti del CRR.

8 I requisiti degli strumenti di capitalizzazione CET1. Aspetti definitori

I requisiti previsti dall'art. 28 CRR[75] rappresentano il contenuto giuridico degli strumenti di capitale compatibili con le funzioni assegnate al CET1. Il regolamento individua i caratteri, negoziali, e non, associati ai valori corrispondenti agli strumenti.

Perché possano svolgere le funzioni indicate, gli strumenti devono essere emessi dalla banca[76] e non assistiti finanziariamente[77]. Inoltre, gli importi riferibili agli strumenti, indipendentemente della de-

72 In arg. C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, cit., p. 101 testo e nt. 73.

73 Cfr. B.P.M. Joosen, *Regulatory capital requirements and bail in mechanism*, cit,. p. 188 s., che ha riassunto i principi, per cui: il capitale della banca deve rappresentare la richiesta più subordinata nel caso di liquidazione; deve essere permanentemente disponibile; deve avere la capacità di assorbire le perdite; gli investitori non possono ritardare il versamento dei conferimenti; le distribuzioni dei dividendi (anche *preferred*) devono avvenire nel rispetto dei requisiti del capitale di vigilanza; il supporto infragruppo non può avere l'effetto di diluire il capitale di vigilanza; i creditori bancari non possono richiedere il rimborso anticipato degli strumenti di capitale.

74 Tra gli altri, vi è chi ha riguardo ai profili formali del regole di diritto commerciale (*Handelsrechtliche Behandlung, Formalia*), alla durata (*Dauerhaftigkeit*), alla flessibilità dei pagamenti e alle modalità di distribuzione (*Flexibilität der Zahlungen und Ausschüttungsmodalitäten*), alla partecipazione alle perdite e alla subordinazione (*Verlustteilnahme und Nachrangigkeit*), cfr. P. Konesny, J. Glaser, Art. 28 CRR, in *Kommentar zu Kreditwesengesetz*, K.-H. Boos, R. Fischer, H. Schulte-Mattler, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschrifte, Band 2, 5. Auf., München, 2016, Rn 3 ss.

75 E, se applicabili, quelle dell'art. 29 CRR, che riguardano le condizioni per gli strumenti di capitale emessi da enti aventi forma giuridica caratterizzati dalla mutualità, dalla cooperazione, o si tratti di enti di risparmio ovvero a questi analoghi.

76 In base alla normativa nazionale, per accordo proprietario (cioè, a seguito di delibera assembleare), ovvero su iniziativa dell'organo di amministrazione, cfr. art. 28, par. 1, lett. b, CRR.

77 Anche solo indirettamente, cfr. art. 28, par. 1, lett. b, CRR. È l'EBA che redige norme tecniche regolamentari, poi adottate dalla Commissione, per specificare forma e

nominazione della fattispecie, devono essere considerati, in relazione alla forma giuridica dell'ente creditizio in questione, come quote del capitale proprio sottoscritto dai soci e da altri conferenti, in conformità della legislazione nazionale[78].

Gli strumenti sono classificati come *patrimonio netto* sia in riferimento alla disciplina contabile applicabile, sia ai fini della determinazione dell'insolvenza di bilancio[79]. È inoltre necessario che dei valori corrispondenti al CET1 sia data chiara e separata rappresentazione, tra i documenti del bilancio, nello stato patrimoniale.

Altra caratteristica degli strumenti è la perpetuità. Accanto a essa trovano spazio le condizioni che negano la compatibilità della riduzione del valore nominale così come delle previsioni che contemplano che venga ripagato – salvo la banca sia in fase di liquidazione[80], ovvero abbia deliberato il riacquisto degli strumenti o la riduzione del capitale e ne sia stato autorizzato dall'autorità competente[81].

Rispetto alle distribuzioni, le condizioni contrattuali o legali riferibili agli strumenti non possono prevedere alcun trattamento preferenziale, salvo si tratti di dividendi multipli, ma nei limiti di proporzionalità stabiliti dall'art. 7 *bis* del regolamento delegato UE n. 241/2014. Sono inconciliabili con le norme prudenziali anche eventuali obblighi di distribuzione, per cui il mancato pagamento delle distribuzioni non costituisce «*default*». Completa il quadro in materia, l'impossibilità di prevedere restrizioni per la banca che dovesse procedere all'annullamento delle distribuzioni.

La disciplina delle perdite compatibili con la funzione *going con-*

natura del finanziamento indiretto degli strumenti di fondi propri (cfr. art. 28, par. 5, comma 1, lett. c), comma 3, CRR).

78 Per come indica l'art. 22 della direttiva 86/635/CEE richiamato dell'art. 28, par. 1, lett. c), i), CRR.

79 A tal fine sia necessaria, o meno, una normativa nazionale in tema di insolvenza (art. 28, par. 1, lett. c, p. iii).

80 Cfr. art. 28, par. 1, lett. f), i), CRR. Inoltre, si richiede sia che le disposizioni riferibili agli strumenti non indichino, esplicitamente, o meno, che il valore nominale «sia o possa essere ridotto o ripagato in casi diversi dalla liquidazione dell'ente»; sia che l'ente non fornisca indicazioni in tale direzione prima o al momento dell'emissione (art. 28, par. 1, lett. g), CRR). Non costituisce una violazione di queste norme la previsione, esplicita o meno, da parte delle disposizioni sullo strumento di capitale, che il valore nominale dello strumento venga o possa essere ridotto in presenza di una procedura di risoluzione, ovvero a seguito di richiesta dell'autorità di risoluzione della svalutazione degli strumenti (art. 28, par. 2, co. 3, CRR). Fa eccezione alla norma principale in commento l'emissione da parte di società mutue e cooperative, enti di risparmio o enti analoghi di strumenti CET1 (art. 27 CRR) se il rifiuto di rimborso è vietato dalla normativa nazionale di riferimento.

81 Cfr. art. 77 CRR. Ove anche fosse in corso una procedura di risoluzione, ovvero l'autorità di risoluzione avesse richiesto la svalutazione degli strumenti di capitale, la riduzione del valore nominale dello strumento di capitale non modificherebbe i diritti riferiti nel testo, cfr. art. 28, par. 2, co. 2, CRR.

cern stabilisce che siano assorbite dagli strumenti CET1 in via proporzionalmente più rilevante rispetto a tutti gli altri strumenti di capitale emessi dall'ente, al loro progressivo verificarsi e in misura identica tra gli strumenti di questa classe[82].

In presenza di insolvenza o in fase di liquidazione, gli strumenti CET1 sono subordinati rispetto a tutti i diritti o crediti che abbiano una diversa formulazione[83]. Subentrata la liquidazione, all'esito del pagamento dei *senior claims* (crediti di rango superiore), gli strumenti attribuiscono ai possessori un diritto o un credito sul residuo attivo che darà vita a una distribuzione proporzionale al valore nominale degli strumenti CET1 posseduti e per un importo che non è predeterminato né in misura fissa, né in riferimento a un massimale[84].

Sugli strumenti non possono insistere forme di protezione, ovvero di garanzia infragruppo che aumentino il rango (*seniority*) del diritto o del credito alla restituzione in dipendenza dai soggetti[85] che li posseggono. Allo stesso modo, e in via generale, in caso di insolvenza o liquidazione dell'ente, non sono ammessi accordi, contrattuali o di altra natura, che aumentino il grado degli strumenti.

9 (*segue*) Temi di diritto societario delle banche. Appunti

Dalla rappresentazione dei requisiti si possono ricavare alcuni appunti per avviare una riflessione ed evidenziare alcuni temi legati al rapporto della disciplina prudenziale con il diritto societario che consentano di delineare forse un diritto societario delle banche europee.

Appare allora coerente con le ragioni prudenziali che gli strumenti debbano essere interamente liberati[86], diversamente da quanto richiesto dal diritto societario. La condizione è stata recentemente integrata e si è ammesso che possa essere presa in considerazione ai

82 Cfr. art. 28, par. 1, co. 1, lett. i), CRR, disciplina che non muterebbe anche se si verificasse una svalutazione stabile (*write down*) del valore nominale degli strumenti AT1 o Tier 2 (cfr. art. 28, par. 1, comma 2, CRR).

83 La disciplina dell'art. 28, par. 1, co. 2, CRR, considera soddisfatta questa condizione se gli strumenti hanno pari rango, indipendentemente dal fatto che siano inclusi tra quelli AT1, ovvero Tier 2 previsti dall'art. 484, par. 3, CRR.

84 Fanno eccezione gli strumenti dell'art. 27 CRR.

85 L'art. 28, par. 1, co. 1, lett. l), da i) fino a vi), CRR, anche in ottica di gruppo e di partecipazione, considera a tal fine l'ente o le sue filiazioni, l'impresa madre dell'ente o le sue filiazioni, la società di partecipazione finanziaria madre o le sue filiazioni, la società di partecipazione mista o le sue filiazioni, la società di partecipazione finanziaria mista e le sue filiazioni, qualsiasi impresa che abbia stretti legami con i soggetti descritti.

86 Cfr. EBA, *Report on the monitoring of* CET1 instrument issued by EU Institutions – Second Update, 22 July 2019, nn. 38-39.

fini prudenziali la sola parte di uno strumento interamente versata[87]. La ragione per cui si ritiene che la mancanza di posizioni di credito della banca nei confronti dei detentori di strumenti concorra a definire il CET1 potrebbe attestarsi sul pano del rapporto tra liquidità e capitale. I due profili, come noto, non corrispondono e, soprattutto, sono regolati in maniera differente in ambito prudenziale. Questi elementi non possono essere qui esaminati più nel dettaglio, ma, come alcuni degli argomenti che si considereranno, meritano un'ulteriore riflessione. Dubbi, infatti, possono sorgere sia sotto il profilo della praticabilità della norma, sia dal punto di vista del rapporto con le discipline nazionali le quali in alcuni casi prevedono delle conseguenze alla parziale liberazione sia in occasione delle distribuzioni degli utili, sia per la liquidazione del residuo[88].

Un'ulteriore differenza si verifica in materia di assistenza finanziaria. Infatti, mentre il diritto societario europeo consente l'acquisto di azioni assistito dalla società emittente[89], lo stesso non è a dirsi per le banche[90] che non possono assistere l'acquisizione né direttamente, né indirettamente[91].

Il capitale rilevante per il CRR è considerato dalle legislazioni nazionali «*equity capital*», la sottoscrizione può essere effettuata da «*shareholders*» od «*other proprietors*»[92] (art. 22 direttiva 86/635/CEE). Il che introduce un altro argomento di cui è possibile considerare la ricaduta per il diritto societario. La possibilità cioè che il CET1 comprenda capitale non azionario, sebbene di origine strumentario, il quale può trovare rappresentazione contabile[93] come «*equity*»[94] –

87 La modifica è stata introdotta dal Regolamento (UE) n. 2019/876 che ha modificato il CRR.

88 EBA, *Report*, cit., nn. 40-43.

89 Cfr. art. 25 direttiva 2012/30/UE. Sul tema dell'assistenza finanziaria nel diritto societario v. E. Ferran, L.C. Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 2nd ed., Oxford, 2014, p. 232 ss.; A. Strampelli, *Rendering (Once) More the Financial Assistance Regime More Flexible*, in *European Company Financial Law Review*, 2012, p. 530 ss.; e in senso critico J.P. Lowry, *The Prohibition against Financial Assistance: Constructing a Rationale Response*, in *Corporate Finance Law in UK and the EU*, edited by D. Prentice, A. Reisberg, Oxford, 2011, p. 3 ss.

90 Considera in controtendenza il disposto rispetto alla disciplina societaria comune C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, cit., p. 143.

91 Cfr. art. 28, par. 1, lett. b), CRR.

92 Formula che dovrebbe garantire la non eccezionalità del capitale riferibile agli aiuti di stato secondo la previsione dell'art. 31 CRR rispetto all'art. 28 CRR.

93 Che dovrà, come già accennato, dare una rappresentazione chiara e separata degli strumenti nello stato patrimoniale del bilancio.

94 La versione italiana del regolamento 575/2013/UE, art. 28, par. 1, lett. c), ii), riferisce della classificazione come «patrimonio netto» ai sensi della disciplina contabile applicabile, criterio questo che se da un punto di vista concettuale sembra corretto, potendosi riferire in definitiva al concetto di *residual claimant* noto alla letteratura, pone il problema della estensione della disciplina contabile basata sul netto.

anche ai fini dell'insolvenza, sebbene solo per quei paesi[95] che ne determinino l'insorgenza in base a risultanze di bilancio che evidenzino uno squilibrio patrimoniale[96]. La fortuna della definizione dell'art. 22 della direttiva 86/635/CEE, richiamata dall'art. 28 CRR, che descrive la situazione appena menzionata, sembra potersi rintracciare nella sua formula che non solo appare sufficientemente estesa da riuscire a tener conto delle singolarità dei diritti nazionali[97], ma è anche capace di adeguarsi sia ai differenti tipi societari che possono essere prescelti per dare forma giuridica alla banca, sia al contenuto degli strumenti di capitale bancario in ragione dell'elasticità delle classi di capitale.

Coerentemente con la funzione *going concern* i vincoli patrimoniali del capitale esistenti tra banca e detentori di strumenti sono connotati, come si è accennato, dalla condizione della perpetuità, cioè del legame dei diritti dello strumento alla vita della società bancaria e quindi alla possibilità della sua restituzione solo in presenza della liquidazione. Sul medesimo piano si pone anche l'irriducibilità del valore nominale dell'investimento che comporta il divieto della restituzione del valore. È solo la liquidazione dell'ente, che pone la banca su un piano non più societario e che realizza il credito al residuo[98], a permettere la realizzazione dell'investimento. Ma, almeno per quei paesi in cui è previsto lo scioglimento anticipato del rapporto societario[99], come forma di disinvestimento[100], il carattere della perpetu-

95 È una considerazione del regolamento, v. art. 28, par. 1, lett. c), iii), CRR.

96 Vale a dire, per paesi come la Germania che nella legislazione in materia di insolvenza posseggano norme sul sovraindebitamento simili all'istituto dell'*Überschuldung* previsto dal § 19 InsO; in arg. H.F. Müller, § 19, Jaeger Insolvenzordnung GroßKomm., Berlin, 2004, 462 ss.

97 L'uso del modello normativo del regolamento, che comporta una immediata applicabilità, avrebbe creato sicure incongruenze se non avesse previsto una soluzione di raccordo come quella dell'art. 22, direttiva 86/635/CEE, poiché la legislazione europea di diritto societario, su cui quella bancaria in materia di requisiti prudenziali pur si sarebbe basata ai fini della determinazione delle definizioni giuridicamente rilevanti della partecipazione societaria, non presenta carattere unitario per i limiti istituzionali intrisici di operatività ed efficacia del tipo normativo della direttiva usato dal legislatore europeo.

98 Sul primo argomento, cfr. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, cit.; sul secondo, G. Ferri *jr*, *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, cit.

99 In relazione al diritto societario bancario, v. A. Urbani, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari*, in *La riforma delle banche popolari*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2014, pp. 253 ss., 256 s., ove più generali riflessioni rispetto al tema occasionale.

100 Di cui una delle formule più note è quella del recesso; per una disamina comparata cfr. C. Frigeni, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, 2a ed., Milano, 2009, p. 53 ss.; C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, p. 181 s., testo e nt. 36; sulla funzione dell'*apprasail remedy*, B. Manning, *The Shareholder's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker*, in *72 Yale Law Journal*, 1962, vol. 72, p. 223.;

ità segna un ulteriore limite. Rispetto a esso si pone il problema se possegga, o meno carattere assoluto e determini cioè la non computabilità a CET1 di quegli strumenti che legittimano all'esercizio del relativo potere. La limitazione potrebbe avere significato solo in relazione ai requisiti di capitalizzazione e assegnare all'istituto la possibilità di rifiutare il rimborso relativo all'esercizio del recesso al rispetto dei coefficienti regolamentari[101]. Un argomento in tal senso lo si ricava dall'esame dei limiti in materia di riacquisto di strumenti e riduzione del capitale.

Questi istituti riducono l'investimento, una volta in maniera provvisoria[102], l'altra in maniera definitiva[103], il loro esercizio nel diritto societario bancario è quindi limitato in quanto produce l'effetto di sottrarre quantità di valori alla capitalizzazione richiesta dal CRR. Nell'un caso si crea uno scollamento tra capitale formalmente investito in strumenti CET1 e quantità di valori assoggettati, poiché il pagamento conseguente al riacquisto sottrae i valori al CET1, mentre le azioni rimangono nel portafogli; diversamente, nel secondo caso si verifica una corrispondenza anche sostanziale della riduzione dell'investimento. I divieti corrispondenti non sono assoluti, le operazioni sono nella discrezionalità dell'ente, sebbene si pongano problemi circa il loro esercizio che è oggetto di vigilanza.[104]. Le operazioni di riduzione avvengono con il preventivo assenso dell'autorità competente secondo la previsione dell'art. 77 CRR. Per cui l'autorizzazione è il riflesso dell'emissione di strumenti con caratteristiche identiche, o superiori, agli strumenti ridotti, così da risultare rispet-

C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, cit., pp. 85 ss., 87 s., ove la considerazione del peso capitalistico in termini negoziali, legata cioè alla possibilità di contrattare il valore dell'uscita stante il rilievo anche sui requisiti capitalistici; E. Rock, P. Davies, H. Kanda, R. Kraakman, W.-G. Ringe, *Fundamental changes*, in *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, R. Kraakman et al., 3th ed., Oxford, 2017, p. 187 ss.

101 Il tema è stato discusso a proposito della limitazione dell'esercizio del diritto di recesso in occasione della trasformazione di banche popolari in società per azioni che ha dato vita alla sentenza della Corte Costituzionale 15 maggio 2018, n. 99; in arg. M. Maugeri, *Trasformazione delle popolari e limiti al rimborso delle azioni: frammenti di un diritto costituzionale delle società bancarie*, in *Riv. ODC*, 2018, p. 23 ss., *passim*; G. Martina, *Il diritto del socio di banche cooperative al rimborso delle azioni nella sentenza della Corte Costituzionale del 15 maggio 2018*, n. 99: una questione non ancora sopita, in *Dir. banca merc. fin.*, 2019, I, pp. 505 ss., 547 ss.; M. Lamandini, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Società*, 2017, p. 156 ss.

102 E nei limiti stabiliti dalla direttiva 2012/30/UE; cfr. in arg. sul tema del *buybacks* e delle *reedemable share*, E. Ferran, L.C. Ho, *Principles of corporate finance law*, cit., p. 178 ss.

103 E comunque, oltre che nei limiti della direttiva 2012/30/UE, anche in riferimento alla CRD IV.

104 Questo profilo segnala, come si diceva, una modificazione sia del concetto di *interesse sociale*, sia di *sana e prudente gestione* (Cap. 1, par. 11).

tati i coefficienti richiesti dal CRR[105]. Allo stesso modo, si diceva, il problema del riacquisto con rimborso comporta una riduzione dei valori rispondenti ai limiti del CRR. Si pone quindi il problema del rapporto tra rimborso, applicazione della disciplina in materia e rispetto dei coefficienti prudenziali[106]. Le conseguenze dovrebbero determinare la liceità del rifiuto del rimborso fintantoché la banca non sia in grado di sostituire (il capitale corrispondente a) gli strumenti rimborsati[107] a «condizioni sostenibili per la capacità di reddito»[108].

Ulteriori differenze rispetto alla disciplina comune del diritto societario vengono dalle previsioni in materia di distribuzioni. L'art. 26, par. 1, lett. c), CRR, attribuisce agli «utili non distribuiti» la possibilità di comporre la parte di *common equity* dei fondi propri. Il che significa che i diritti dei soci potrebbero essere ridotti, ovvero sacrificati per il rispetto dei requisiti prudenziali.

Non solo, la norma sembra anche costituire la premessa logico-giuridica delle previsioni dell'art. 28 in materia di privilegi di distribuzione. Il CRR infatti limita fortemente la possibilità di costituire diritti di categoria basandosi sulla libertà di conformazione dei diritti patrimoniali degli strumenti di capitale prevista in molti degli ordinamenti di vigenza[109] del CRR[110] che prevedono privilegi circa all'ordine, ovvero alla preferenza nelle distribuzioni.

Il contenuto giuridico degli strumenti CET1, inoltre, trova una forte connotazione nel dispositivo della lettera i) dell'art. 28, par. 1, che definisce il carattere forse più significativo[111] della regolazione. Es-

105 Cfr. C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, cit., p. 109.

106 In questo caso rilevano i coefficienti previsti sia dall'art. 92, par. 1, CRR, che quelli considerati dall'art. 128, par. 6, CRD IV, in materia di requisito combinato di riserve, le quali non potranno essere utilizzate ai fini dl rimborso.

107 La norma dell'art. 77, par. 1, lett. a), CRR ha contenuto generale, prevede la sostituibilità degli strumenti CET1, AT1 e Tier 2 con altri con caratteristiche superiori, ma mentre è facile immaginare la sostituibilità di strumenti Tier 2 e AT1 con altri con caratteristiche superiori, più difficile appare per quelli CET1, per cui l'operazione non è stata menzionata nel testo.

108 Anche in questo caso interviene il regolamento 241/2014, all'art. 27, a chiarire che per *sostenibilità per la capacità di reddito dell'ente* (art. 78, par. 1, lett. a) CRR) si intende la redditività stabile e priva di cambiamenti negativi dopo la sostituzione degli strumenti con strumenti di fondi propri di qualità uguale o superiore, a quella data e per il prossimo futuro, secondo la valutazione dell'autorità competente che «tiene conto della redditività dell'ente in situazioni di *stress*».

109 Per tutti, N. Abriani (agg., A. Dell'Osso), *Art. 2348*, in N. Abriani (a cura di), *Codice delle società*[2], Torino, 2016, p. 671; P. Sfameni, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008, *passim*, p. 106 ss., ove ulteriori indicazioni di letteratura interna e internazionale.

110 I margini in cui sono specificati sono quello previsti dagli artt. 28, par. 1, lett. h), CRR, e 7 *bis* – 7 *quinquies* reg. del. 241/2014.

111 Cfr. C. Frigeni, *La s.p.a. bancaria dopo Basilea III*, 111; B.P.M. Joosen, *Regulatory capital requirements and bail in mechanisms*, cit.

so riferisce del comportamento degli strumenti rispetto alle perdite e dei rapporti con gli altri strumenti emessi dall'ente definendone la graduazione nell'assorbimento delle perdite e il principio di uguaglianza tra strumenti della medesima qualità. Infatti, rispetto alle altre classi, gli strumenti CET1 «assorbono la prima parte delle perdite, proporzionalmente la più cospicua, man mano che esse si verificano e ciascuno strumento assorbe le perdite nella stessa misura di tutti gli altri strumenti del capitale primario di classe 1». La misura della partecipazione alle perdite in *continuità aziendale* (*going concern*) è stabilita dall'art. 93 CRR, significativamente rubricato «capitale iniziale richiesto in situazione di continuità aziendale», che specifica che «i fondi propri di un ente non possono divenire inferiori al capitale iniziale richiesto al momento dell'autorizzazione».

Resta problematica la nozione di «assorbimento delle perdite» sia quanto alla misura, sia quanto al suo contenuto giuridico. Così come non sembra invece sempre necessario che prevede che gli strumenti siano caratterizzati da diritti subordinati rispetto a tutti gli altri creditori dell'ente in caso di insolvenza o di liquidazione. Si potrebbe forse dubitare fino in fondo dell'inammissibilità di accordi che abbiano per scopo l'aumento del rango di strumenti CET1 in questi casi e che pur prevedano una non alterazione della funzione *going concern*.

In riferimento a situazioni di consolidamento[112], si verifica l'inammissibilità delle ipotesi in cui sui diritti patrimoniali degli strumenti CET1 insista una garanzia, ovvero la garanzia comporti il risultato di aumentare il grado dello strumento (*seniority*) in funzione dei coefficienti richiesti dal CRR. Ma potrebbe non risultare del tutto consequenziale che le garanzie offerte dai soggetti rientranti nel consolidamento indicati dal regolamento 575/2013[113] comportino una riduzione a livello consolidato dei requisiti prudenziali, ovvero una falsa rappresentazione della situazione capitalistica richiesta dai requisiti. Anche in questo caso si può forse prendere un appunto per provare a verificare se non vi siano margini per interpretare la norma in altro senso, o riconsiderarne l'efficacia.

112 Sulle conformazioni agli obblighi del regolamento su base consolidata v. art. 11 CRR.

113 Si tratta dell'ente o di sue filiazioni, dell'impresa madre o sue filiazioni; e lo stesso è a dirsi per della società di partecipazione finanziaria, mista, ovvero di un'impresa che abbia stretti legami con i soggetti già indicati art. 28, par. 1, lett l), pp. i) a vi), CRR.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2 – Dicembre 2019

Oltre la scissione subsocietaria: i patrimoni destinati costituiti eclusivamente mediante apporti di terzi

Stefano Brighenti
Dottore di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract The topic of the paper concerns the protected cell companies, that is those companies whose asset is composed of two or more segregated cells. The paper wonders whether it is possible for a company limited by shares to create segregated cells exclusively by mean of contributions provided by third parties and how such hypothesis should be regulated.

Keywords Protected cell companies. Conglomerates. Groups. Capital. Financial instruments.

Sommario 1.La costituzione di patrimoni destinati per "scissione subsocietaria" e la relativa disciplina. – 2.Il problema della costituzione di patrimoni destinati senza scissione subsocietaria ma esclusivamente mediante apporti di terzi. – 3.La ricostruzione della disciplina applicabile ai patrimoni destinati costituiti esclusivamente mediante apporti di terzi.

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Brighenti, S. (2019). "Oltre la scissione subsocietaria: i patrimoni destinati costituiti eclusivamente mediante apporti di terzi". *Ricerche giuridiche*, 8(2), 115-130.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/02/006

1 La costituzione di patrimoni destinati per "scissione subsocietaria" e la relativa disciplina

L'art. 2447-*bis*, co. 1, lett. *a*), c.c. consente alle società per azioni di costituire uno o più patrimoni destinati a specifici affari. Attraverso questo istituto, la società può creare una struttura multicompartimentale in regime di separazione patrimoniale reale: una volta perfezionata la destinazione patrimoniale, l'art. 2447-*quinquies* c.c. prevede infatti da un lato (al co. 1) che i creditori sociali non possano aggredire i beni compresi nel patrimonio destinato, dall'altro (al co. 3) che i creditori dello specifico affare possano soddisfarsi unicamente sui beni compresi nel patrimonio ad esso destinato e non anche sui beni compresi nel patrimonio generale della medesima società.

Leggendo le norme sui patrimoni destinati (artt. 2447-*bis* – 2447-*novies* c.c.), la fattispecie che per prima viene alla mente è quella della c.d. "scissione subsocietaria"[1]. Con questa espressione si fa riferimento al fatto che la società distacca una porzione del proprio patrimonio e la segrega in un distinto comparto patrimoniale, separato realmente. Poiché in questa fattispecie la società costituisce il patrimonio destinato distraendo beni dal patrimonio generale, il legislatore ha posto delle norme a tutela dei creditori sociali: anzitutto l'art. 2447-*quater*, il quale dà loro diritto di opporsi alla separazione patrimoniale entro sessanta giorni dall'iscrizione della relativa delibera nel registro delle imprese; in secondo luogo l'art. 2447-*bis*, co. 2, il quale prevede che il valore complessivo dei patrimoni destinati non debba eccedere il dieci per cento del patrimonio netto della società. Nel rispetto di questi margini, la società non incontra però un limite nel numero di patrimoni destinati che può creare, essendo libera di costituire «uno o più patrimoni» (così recita l'art. 2447-*bis*, co. 1, lett. *a*).

I patrimoni destinati, tuttavia, non si costituiscono solo per scissione subsocietaria: l'art. 2447-*ter*, co. 1, lett. *d*), prevede infatti la possibilità che il patrimonio destinato sia alimentato da «apporti di terzi». In questo lavoro s'intende indagare se la società possa costituire patrimoni destinati esclusivamente mediante apporti di terzi, senza cioè segregarvi alcuna parte del proprio patrimonio generale.

1 L'espressione è coniata da P. Ferro-Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 127 s.; Id., *I patrimoni «dedicati» e i «gruppi» nella riforma societaria*, in *Riv. not.*, 2002, vol. I, p. 272.

2 Il problema della costituzione di patrimoni destinati senza scissione subsocietaria ma esclusivamente mediante apporti di terzi

Rispetto alla possibilità di costituire patrimoni destinati esclusivamente mediante apporti di terzi, in dottrina è stato sostenuto tanto l'orientamento contrario[2], quanto l'orientamento favorevole[3].

Un primo argomento in senso negativo deriva dalla lettera della legge. Secondo alcuni autori[4], il dato testuale delle norme sui patrimoni destinati indicherebbe la necessità che la società comunque partecipi con il proprio patrimonio alla loro costituzione e pertanto escluderebbe la possibilità di comparti formati unicamente da apporti di terzi. In questo senso deporrebbe in particolare l'art. 2447-*ter*, lett. *d*), il quale, nel qualificare gli apporti dei terzi come meramente «eventuali», andrebbe allora implicitamente a contrapporli agli ap-

2 F. D'Alessandro, *Società per azioni: le linee generali della riforma*, in *La riforma del diritto societario, Atti del convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2002*, Milano, 2003, p. 40; G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, in Bertuzzi, Bozza, Sciumbata, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.a.a.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 24; G. Mignone, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-novies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, t. 2, Bologna, 2004, p. 1641, nt. 73; N. Rocco di Torrepadula, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, vol. 1, p. 46, nt. 27; F. La Rosa, *Patrimoni e finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, Milano, 2007, p. 154; N. Baccetti, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 278 ss.; F. Gennari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005, p. 82; L. Egiziano, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Torino, 2009, p. 136 s. Senza esprimersi espressamente sul tema in esame, solleva problemi rilevanti anche G. Oppo, *Potere e responsabilità nella riforma della società per azioni*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 6.

3 C. Comporti, *Commento all'art. 2447-ter*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, vol. 2**, Torino, 2003, p. 972; M. Lamandini, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 504; G. Giannelli, *Commento all'art. 2447-quater*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, vol. 2, Napoli, 2004, p. 1235, nt. 8; R. Arlt, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 346, testo e nt. 92; F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, p. 92 s.; M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa, G.B. Portale, vol. I, Torino, 2006, p. 856 ss.; G. Pescatore, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, p. 172 s.; A. Bartolacelli, *La partecipazione non azionaria nella s.p.a. Gli strumenti finanziari partecipativi*, Milano, 2012, p. 28, nt. 74 (seppur in termini dubitativi); P. Manes, *Commento all'art. 2447-ter*, in *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, a cura di P. Manes, F. Pasquariello, Bologna, 2013, p. 82; R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2014, p. 120 s.

4 G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 24; G. Mignone, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-novies*, cit., p. 1641, nt. 73; N. Baccetti, *Creditori extracontrattuali*, cit., p. 278.

porti della società, da ritenere per converso necessari. Conseguentemente, non rientrerebbero nella fattispecie delineata dal legislatore, e perciò ammessa, ipotesi in cui mancasse una separazione patrimoniale ad opera della società e in cui gli apporti di terzi da eventuali divenissero addirittura esclusivi.

A questo argomento può tuttavia replicarsi che, invero, nessuna norma vieta espressamente la costituzione di patrimoni destinati mediante i soli apporti di terzi o qualifica espressamente l'apporto della società come imprescindibile[5]. Il fatto che il legislatore consideri gli apporti dei terzi come «eventuali» significa semplicemente che essi non sono necessari e che, pertanto, il patrimonio destinato può essere costituito anche solo mediante segregazione di beni della società. Il legislatore legittima così la "scissione subsocietaria": cioè legittima espressamente un'operazione che, come detto in apertura, è potenzialmente pregiudizievole per i creditori sociali. D'altra parte, l'espressa previsione di «apporti di terzi» significa che la scissione subsocietaria non è l'unica genesi possibile di un patrimonio destinato. In sintesi, l'attributo «eventuali» di per sé non esclude che, laddove intervengano, gli apporti dei terzi possano divenire esclusivi.

Il dettato normativo potrebbe del resto essere inteso nel senso che la società deve descrivere la composizione del patrimonio destinato (art. 2447-*ter*, lett. *b*) e specificare se ed in quale misura vi abbiano contribuito terzi (art. 2447-*ter*, lett. *d*), al fine soprattutto di consentire ai creditori di valutare se esercitare o meno il diritto di opposizione. In alternativa, qualora si preferisse interpretare la lett. *b*) come se si riferisse (non già alla composizione del patrimonio destinato in generale, bensì) esclusivamente ai beni e i rapporti distaccati dalla società (distinti perciò dagli apporti dei terzi di cui alla successiva lett. *d*), potrebbe ritenersi che la delibera debba indicare i beni destinati dalla società solo laddove quest'ultima effettivamente proceda ad una segregazione di parte del proprio patrimonio e che quindi non debba indicare nulla laddove nulla segreghi[6].

Peraltro, quand'anche si riuscisse ad argomentare un implicito divieto di costituire patrimoni destinati con i soli apporti di terzi, si tratterebbe comunque di un divieto facilmente eludibile: non essendo infatti stabilita l'incidenza minima che i beni della società dovrebbero avere nella costituzione del patrimonio destinato, alla società basterebbe destinare rapporti o beni di scarso valore ed interesse, anche un'esigua somma di denaro, per rispettare formalmente il divieto[7].

---

5 M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 856.

6 M. Rubino De Ritis, *ibidem*, cit., p. 856.

7 M. Rubino De Ritis, *ibidem*, cit., p. 858, nt. 78; R. Arlt, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 346, testo e nt. 92; G. Pescatore, *La funzione di garanzia*, cit., p. 172 s.; P. Manes, *Commento all'art. 2447-ter*, cit., p. 82.

Per impedire simili elusioni bisognerebbe allora sostenere che la società non solo debba apportare beni al patrimonio destinato, ma che tali beni debbano essere congrui rispetto all'affare cui il patrimonio è dedicato. Dovrebbe in altri termini sostenersi che il requisito di congruità stabilito dall'art. 2447-*ter*, lett. *c*), vada verificato con esclusivo riguardo alla consistenza dei beni separati dalla società, senza considerare i beni apportati da terzi[8].

Quest'ultima tesi non sembra però condivisibile[9]. Sul piano letterale, la lettera *c*) riferisce la congruità al «patrimonio» destinato in generale, non specificamente ai beni segregati dalla società; e questo «patrimonio», secondo la successiva lett. *d*), può appunto essere composto anche da apporti di terzi. Sul piano teleologico, poi, lo scopo del requisito di congruità posto dalla lettera *c*) sembra quello di assicurare l'adeguatezza del patrimonio rispetto all'affare cui è dedicato. Ciò sembra confermato anche dal contenuto della delibera costitutiva del patrimonio destinato, da iscrivere nel registro delle imprese: se infatti il legislatore avesse riferito il requisito di congruità ai soli beni separati dalla società, si sarebbe probabilmente limitato a chiedere l'indicazione nella delibera di tali beni e la verifica della loro congruità; avendo invece il legislatore richiesto che nella delibera costitutiva del patrimonio destinato vengano indicati

8 Così S. Locoratolo, *«Patrimoni destinati» e insolvenza*, Napoli, 2005, p. 36 s.; Id., *Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 105 s., il quale fonda la propria tesi su due rilievi: anzitutto, l'apporto dei terzi potrebbe essere previsto in prospettiva futura e perciò potrebbe non essere determinato con esattezza o potrebbe non sussistere del tutto al momento della costituzione del patrimonio destinato; in secondo luogo, gli apporti dei terzi sarebbero un elemento separato dalla previsione del piano economico finanziario, essendo previsti alla lett. *d*) dell'art. 2447-*ter*.

9 In dottrina, ritengono che la congruità del patrimonio destinato vada valutata anche considerando gli apporti dei terzi G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 58 s., il quale osserva che, se il patrimonio societario dovesse essere da solo congruo a realizzare lo scopo prefissato, l'istituto dei patrimoni destinati sarebbe utilizzabile solo per affari di modesta consistenza, tenuto presente che complessivamente (ossia per tutti gli affari eseguiti in regime di separazione) la destinazione non può superare il limite del dieci per cento del patrimonio netto e che, in linea di massima, quanto è più rilevante l'affare, maggiori sono le risorse necessarie alla sua realizzazione; M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 856 ss., testo e nt. 77; P. Manes, *Commento all'art. 2447-ter*, cit., p. 88; R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 119 ss., testo e nt. 56. Sull'interpretazione in generale del concetto di «congruità» all'affare del patrimonio destinato si vedano, tra i molti, R. Lenzi, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, vol. 1, p. 561 s.; A. Maffei Alberti, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-decies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, vol. 3, Padova, 2005, p. 1684 s.; G. Giannelli, *Commento all'art. 2447-ter*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, cit., p. 1225 s.; G. Mignone, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-novies*, cit., p. 1638 s.; G. Pescatore, *La funzione di garanzia*, cit., p. 197 ss.; F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori*, cit., p. 81 s. e p. 156 ss.; P. Manes, *Commento all'art. 2447-ter*, cit., p. 87 s.; F. La Rosa, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, cit., p. 101 ss.

anche gli apporti dei terzi (art. 2447-*ter*, lett. *d*) e un piano economico-finanziario (art. 2447-*ter*, lett. *c*), deve concludersi nel senso che anche tali fattori vengano a supporto del giudizio di congruità[10]. La rilevanza degli apporti dei terzi ai fini del giudizio di congruità pare infine confermata dalla possibilità di emettere strumenti finanziari sul patrimonio destinato, secondo quanto previsto dall'art. 2447-*ter*, lett. *e*): poiché l'emissione di strumenti finanziari è tipicamente una tecnica per raccogliere finanziamenti presso il mercato dei capitali, non si vedrebbe l'interesse della società a ricorrervi se i beni separati dal suo patrimonio generale dovessero da soli essere congrui; sembra invece ragionevole consentire alla società di avvalersi dell'emissione di strumenti finanziari per integrare le proprie risorse qualora scarse. Dunque, interpretare l'art. 2447-*ter*, lett. *c*), nel senso di riferire il requisito di congruità unicamente ai beni distaccati dal patrimonio generale sembra rappresentare una deviazione rispetto alla sua *ratio*.

D'altronde, un'interpretazione che riferisse il requisito di congruità ai soli beni separati dalla società renderebbe assai meno utili gli apporti di terzi (eventualmente raccolti dietro emissione di strumenti finanziari), conducendo ad esiti difficilmente giustificabili. Difatti, delle due l'una: qualora la società sia priva di beni congrui all'affare (ad esempio perché priva di un bene in natura necessario a realizzarlo), le si impedirebbe di avvalersi dell'istituto dei patrimoni destinati anche quando, grazie agli apporti dei terzi, sarebbe in grado di predisporre un patrimonio congruo[11]; qualora al contrario la società disponga già di un patrimonio congruo rispetto all'affare, allora, probabilmente, le converrebbe rinunciare agli apporti dei terzi onde evitare inutili duplicazioni degli sforzi patrimoniali-finanziari propedeutici alla realizzazione dell'affare (si pensi, oltre alle immobilizzazioni di beni, alla remunerazione dei terzi investitori). Inoltre, l'interpretazione che riferisce il requisito di congruità ai soli beni destinati dalla società, rendendo imprescindibile una qualche separazione di beni dal patrimonio generale, imporrebbe sempre e necessariamente una distrazione di beni dalla garanzia patrimoniale dei creditori sociali; la possibilità di fondare il giudizio di congruità sui soli apporti dei terzi consentirebbe invece di evitare il rischio di pre-

10 Così M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 856 ss., testo e nt. 77.

11 Per evitare questo esito irragionevole, dovrebbe ritenersi sufficiente che la società in qualche modo contribuisca, così da poter raggiungere un patrimonio congruo unendo le proprie risorse a quelle apportate dai terzi. Ma allora si ritornerebbe al problema segnalato già sopra, ossia: poiché la legge non impone un livello minimo di contributo alla società, quest'ultima potrebbe contribuire con una somma irrisoria per soddisfare formalmente un simile precetto, ma ciò rivelerebbe una valenza meramente formalistica del divieto di formare patrimoni destinati con soli apporti di terzi.

giudizio per i creditori della società.

Infine, quand'anche si preferisse riferire il requisito di congruità ai soli beni separati dalla società, ne deriverebbe, ancora una volta, una prescrizione facilmente eludibile: alla società sarebbe difatti sufficiente acquisire gli apporti dei terzi al patrimonio generale per poi segregarli nel patrimonio destinato, così da risultare formalmente la titolare di un congruo comparto separato. Non si comprende tuttavia il senso di un simile formalismo nel momento in cui vi è una norma espressa (l'art. 2447-*ter*, lett. *d*) che prevede la possibilità di un apporto dei terzi direttamente al patrimonio separato.

Oltre agli argomenti letterali e teleologici, sovvengono alcune considerazioni di ordine sistematico. Si è in questo senso rilevato come la costituzione di patrimoni destinati senza alcun apporto da parte della società debba reputarsi illecita in quanto consentirebbe a quest'ultima di svolgere attività di impresa in regime di totale irresponsabilità, violando così un implicito ma fondamentale principio del diritto commerciale[12].

Questa eccezione tuttavia non persuade del tutto per tre ordini di ragioni. In primo luogo, comunque si qualifichi il rapporto tra la società e i terzi apportatori, gli amministratori sono sicuramente responsabili nei confronti di questi ultimi per la gestione del patrimonio destinato. In secondo luogo, l'art. 2447-*ter*, lett. *c*), consente di riconoscere ai terzi apportatori «diritti di controllo» la cui incisività, all'atto pratico, non è detto sia sensibilmente inferiore al controllo che sono in grado di esercitare gli azionisti. In terzo luogo, l'eccezione sembra sottendere una distinzione tra un'ipotesi (quella del patrimonio generale) in cui la società gestisce un patrimonio "proprio", e un'ipotesi (quella del patrimonio destinato costituito esclusivamente con apporti di terzi) in cui la società gestisce invece un patrimonio "altrui"; non pare però effettivamente riscontrabile una simile differenza poiché il patrimonio di una società è *sempre e di per sé* un patrimonio formato (specie all'atto di costituzione) dagli apporti degli investitori[13], sui quali in ultima analisi ricade variamente il rischio

12 F. D'Alessandro, *Società per azioni: le linee generali della riforma*, cit., p. 40; G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 24; N. Rocco di Torrepadula, *Patrimoni destinati e insolvenza*, cit., p. 46, nt. 27; F. Gennari, *I patrimoni destinati*, cit., p. 82; La Rosa, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, cit., p. 154; L. Egiziano, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori*, cit., p. 136 s.

13 Cfr. infatti M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 858, testo e nt. 81, il quale evidenzia come gli apporti confluiscano comunque nel patrimonio della società, con una particolare destinazione rispetto all'affare e perciò in modo separato dalla restante parte del patrimonio sociale, senza differenza (sotto il profilo dell'effettiva acquisizione da parte della società) con l'ipotesi in cui gli apporti siano eseguiti prima della segregazione.

d'impresa[14]; e l'affinità tra le due fattispecie può apprezzarsi ancor più se si riflette sul fatto che i terzi apportatori al patrimonio destinato ben potrebbero essere gli stessi soci[15].

Ancora in senso negativo, e sempre sul piano sistematico, si è osservato come un'operazione finanziata esclusivamente da terzi e con beneficio di separazione patrimoniale troverebbe rispondenza nel diverso istituto dei finanziamenti destinati previsto dalla lett. *b*) dell'art. 2447-*bis* c.c.[16]. Anche questo argomento non pare però dirimente poiché tra patrimoni destinati e finanziamenti destinati vi è una netta differenza per quanto riguarda le fattispecie e l'oggetto della separazione patrimoniale[17]; per questo motivo i due istituti non possono rappresentarsi come contrapposizione tra autofinanziamento ed eterofinaziamento.

Alla luce di quanto sin qui osservato, può dunque convenirsi con l'orientamento dottrinale secondo cui la normativa contenuta dagli artt. 2447-*bis* ss. c.c. non vieta la costituzione di patrimoni destinati esclusivamente mediante apporti di terzi.

3 La ricostruzione della disciplina applicabile ai patrimoni destinati costituiti esclusivamente mediante apporti di terzi

Si tratta ora di ricostruire la disciplina applicabile alla fattispecie dei patrimoni destinati costituiti esclusivamente mediante apporti di terzi.

Un punto pacifico è che ciascuno dei patrimoni destinati così costituiti deve soddisfare il requisito della congruità imposto dall'art. 2447-*ter*, lett. *c*)[18]. Resta dibattuto se sia necessario che gli apporti dei terzi vengano già versati al momento della costituzione del patrimonio destinato, cosicché la congruità del patrimonio destinato ri-

14 Il rischio d'impresa ricade sugli investitori diversamente a seconda della configurazione dei rispettivi diritti patrimoniali; quindi anzitutto sugli azionisti e poi via via secondo la collocazione dell'investitore sulla linea ideale dell'*equity-debt continuum*.

15 R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 118; A. Bartolacelli, *La partecipazione non azionaria nella s.p.a.*, cit., p. 28 s.

16 G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 24.

17 Aspetto evidenziato da R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 120, nt. 57.

18 Un tema è quali sono le conseguenze laddove successivamente venga meno il requisito di congruità. Si tratta di un tema complicato, che esula dal presente lavoro giacché concerne tutte le fattispecie di patrimoni destinati e non può pertanto essere qui affrontato.

sulti attuale[19], oppure sia sufficiente che il piano economico-finanziario dimostri la possibilità di integrare tale requisito anche grazie agli apporti attesi in futuro[20].

Bisogna invece chiedersi se in caso di costituzione di patrimoni destinati esclusivamente mediante apporti di terzi operi l'art. 2447-*quater* sul diritto di opposizione dei creditori. La risposta sembrerebbe negativa[21]: la *ratio* di questa norma è evidentemente consentire ai creditori sociali di impedire distrazioni di beni dalla loro garanzia patrimoniale quando ciò possa recare loro pregiudizio. Poiché però nel caso in esame non vi è alcuna separazione di beni dal patrimonio generale della società, i creditori sociali non sono esposti al pericolo di alcun pregiudizio. Non si ravvisano pertanto ragioni per consentire loro di opporsi all'operazione.

È necessario poi chiedersi se i patrimoni destinati costituiti esclusivamente mediante apporti di terzi ricadano entro l'ambito di applicazione dell'art. 2447-*bis*, co. 2, e possano perciò costituirsi entro il limite del dieci per cento del patrimonio netto della società. Anche in questo caso la dottrina maggioritaria è orientata in senso negativo. Malgrado la disposizione sia formulata in termini generali, è infatti largamente diffusa l'opinione per cui il limite del dieci per cento non riguarda le dimensioni massime dei patrimoni destinati ma solo la porzione massima del patrimonio sociale che vi può essere segregata; con la conseguenza che gli apporti dei terzi non vengono a tal fine in rilievo[22]. Pertanto, secondo questo filone interpretativo i pa-

19 Così R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 120 s., il quale pertanto esclude che il patrimonio destinato possa comporsi esclusivamente di apporti di terzi consistenti in prestazioni promesse e di futura esecuzione: in quest'ultimo caso, infatti, secondo l'Autore il giudizio di congruità risulterebbe poco attendibile e si svuoterebbe così di significato il precetto posto a tutela dei creditori e contenuto nella lettera *c*) dell'art. 2447-*ter* c.c.

20 Così M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 856 ss., secondo il quale l'analisi sulla congruità del patrimonio deve tener conto della possibile dinamica dell'affare, non del solo valore iniziale di tutti i beni e rapporti segregati dall'originario patrimonio ma anche degli apporti di terzi. Secondo l'Autore, in questo senso deporrebbe la circostanza per cui l'art. 2447-*ter*, lett. *c*), richiede l'indicazione nella delibera costitutiva di un piano economico-finanziario, dall'evidente prospettiva prognostica, «da cui risulti la congruità del patrimonio destinato».

21 Così M. Lamandini, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria*, cit., p. 504; G. Giannelli, *Commento all'art. 2447-quater*, cit., p. 1235, nt. 8; M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 858, testo e nt. 79.

22 Nel senso che gli apporti dei terzi non debbano essere computati nel limite del dieci per cento è orientata la dottrina prevalente: R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 72 e p. 118; M. Lamandini, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria*, cit., p. 503 (seppur in termini dubitativi); B. Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447* bis*, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 168, secondo cui «[l]a ragione di tale previsione può risiedere nell'esigenza (e forse nel timore), che, attraverso la costituzione del patrimonio destinato, possono essere attuate iniziative tese, direttamente o indirettamente, a sottrarre ai *creditori generali* la ga-

trimoni destinati costituiti esclusivamente mediante apporti di terzi non sottostanno a detto limite.

Per revocare in dubbio questa conclusione occorrerebbe ricostruire diversamente la *ratio* della norma, la quale non intenderebbe allora contenere la scissione subsocietaria, quanto piuttosto stabilire le dimensioni massime che complessivamente i patrimoni destinati possono assumere. Se questa fosse la *ratio* della norma, se ne dovrebbe dedurre che essa non riguarda solo le porzioni di patrimonio sociale separate, ma i patrimoni destinati in generale, ossia comunque formati, computati quindi anche gli apporti di terzi[23]. Una norma del genere potrebbe essere spiegata nei termini seguenti. Per espressa scelta, il legislatore ha ritenuto di non applicare ai patrimoni destinati norme a tutela dei creditori quali quelle su capitale sociale e procedure concorsuali; tant'è che autorevole dottrina, in ragione di detta disapplicazione, ha prospettato l'illegittimità costituzionale dell'i-

ranzia patrimoniale» (corsivo originale); M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 852 ss., per il quale, mentre per il patrimonio preesistente non può esservi segregazione oltre il valore netto del dieci per cento, tutto ciò che è attribuito al patrimonio destinato non di provenienza della stessa società non deve essere preso in considerazione ai fini del limite quantitativo in questione; G. Laurini, *I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario*, *I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario*, in Aa. Vv., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 122; G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 27; G. Mignone, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-novies*, cit., p. 1633 e p. 1637, dove l'Autore nota come il concetto di «affare» non implichi di per sé limitazioni quantitative, sicché i comparti patrimoniali in discorso potranno avere dimensioni anche rilevanti; F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori*, cit., p. 79 s.; G. Pescatore, *La funzione di garanzia*, cit., p. 184; F. La Rosa, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, cit., p. 20; P. Manes, *Commento all'art. 2447-ter*, cit., p. 95 (si veda anche sotto il commento dell'art. 2447-*bis*, alla precedente p. 62); G. Manzo, G. Scionti, *Patrimoni dedicati e azioni correlate: «cellule» fuori controllo?*, in *Soc.*, 2003, p. 1332, nt. 17. Anche N. Baccetti, *Creditori extracontrattuali*, cit., p. 278 concorda sul fatto che le norme sull'opposizione dei creditori e sul limite del dieci per cento non avrebbero ragione di applicarsi in caso di apporti esclusivamente dei terzi, e proprio in ragione dell'assenza di una deroga espressa argomenta al contrario per sostenere che il legislatore non contempla l'ipotesi di costituzione di patrimoni con i soli apporti dei terzi.

23 Per l'orientamento minoritario, secondo cui il limite del dieci per cento dovrebbe considerare anche gli apporti dei terzi, si vedano L. Salamone, *Il finanziamento dei patrimoni destinati a «specifici affari» [art. 2447*-bis*, 1° co., lett. a), c.c.]*, in *Giur. comm.*, 2006, vol. I, p. 246; G. Giannelli, *Commento all'art. 2447-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, cit., p. 1222, secondo cui gli apporti dei terzi andrebbero comunque imputati alla società, ancorché attratti dal vincolo di destinazione, sicché essi da un lato dovrebbero essere conteggiati nel patrimonio destinato, dall'altro, per il valore corrispondente, dovrebbero essere conteggiati nel patrimonio netto della società e dunque costituirebbero pur sempre beni destinati dalla società al patrimonio destinato; l'Autore peraltro precisa che tale discorso vale per gli apporti a titolo di partecipazione al patrimonio destinato senza obbligo di restituzione o di rimborso, non vale per gli apporti con causa di prestito, che costituiscono tecnicamente e giuridicamente un debito del patrimonio, né per quelli che hanno per oggetto beni o valori non conferibili ai sensi dell'art. 2342 e, quindi, non sono iscrivibili in bilancio.

stituto dei patrimoni destinati[24]. Il legislatore potrebbe però aver ritenuto che la deroga a queste norme sia giustificata nella misura in cui i patrimoni destinati mantengano dimensioni contenute: in altri termini, fin quando i patrimoni destinati a specifici affari non eccedono complessivamente il dieci per cento del patrimonio netto della società, può consentirsi la disapplicazione delle articolate normative in tema di capitale sociale e procedure concorsuali. L'art. 2447-*bis*, co. 2, sarebbe allora una norma fondamentale per garantire che la società, pur dotandosi di una struttura multicompartimentale, mantenga sempre una distinzione tra un patrimonio "principale" (quello generale), cui si applicano i comuni istituti a tutela dei creditori, e uno o più patrimoni "secondari" (quelli destinati), cui invece tali istituti eccezionalmente non si applicano. Se questa fosse la corretta interpretazione dell'art. 2447-*bis*, co. 2, allora il valore complessivo dei patrimoni destinati costituiti esclusivamente con apporti di terzi dovrebbe comunque non eccedere la decima parte del patrimonio netto della società. Se invece così non fosse, se cioè si aderisse alla tesi sopra riportata per cui gli apporti dei terzi non vanno considerati nel limite del dieci per cento, allora si consentirebbe alla società di costituire una pluralità di comparti di dimensioni anche non inferiori a quella del patrimonio generale, i quali però sfuggirebbero irragionevolmente alle norme su capitale sociale e procedure concorsuali; il che potrebbe perfino indurre i soci a ricorrere ai patrimoni destinati per fini elusivi.

Questa argomentazione tuttavia non convince giacché le norme sui patrimoni destinati, come si vedrà subito appresso, non sembra-

24 F. D'Alessandro, *Patrimoni separati e vincoli comunitari*, in *Soc.*, 2004, p. 1063, secondo il quale la dodicesima direttiva europea in materia di diritto societario (direttiva 89/667/CEE, oggi sostituita dalla direttiva 2009/102/CE), nel considerare l'introduzione di figure simili ai patrimoni destinati, fissasse però un limite insuperabile: la limitazione di responsabilità ad una parte separata del patrimonio del soggetto deve essere attuata in modo da assicurare garanzie equivalenti a quelle offerte dal patrimonio di una società di capitali; non essendo invece state replicate le norme sul capitale sociale, l'istituto consentirebbe una limitazione delle responsabilità non accompagnata da fondamentali norme a tutela dei creditori. Per l'Autore «la fungibilità funzionale che sussiste tra costituzione di un patrimonio separato, da un lato, e costituzione di una nuova società specificamente destinata all'esercizio di quel ramo di attività, dall'altro lato, impone, secondo il legislatore comunitario, l'assoggettamento alle stesse regole di garanzia dei terzi. [...] dunque, il nesso tra responsabilità limitata e regole del capitale e la sua indissolubilità sono elevati al rango di norma giuridica sovraordinata rispetto alla legge interna, in quanto recepita dal diritto europeo, con forza cogente rispetto ai diritti dei singoli paesi». Per quanto riguarda il riferimento normativo invocato dall'Autore, l'art. 7 della direttiva 2009/102/CE, testualmente identico alla precedente direttiva 89/667/CEE, prevede: «Uno Stato membro può non consentire la società unipersonale quando la sua legislazione preveda, a favore degli imprenditori unici, la possibilità di costituire imprese a responsabilità limitata ad un patrimonio destinato ad una determinata attività, purché per questo tipo di impresa siano previste garanzie equivalenti a quelle imposte dalla presente direttiva, nonché dalle altre disposizioni comunitarie applicabili alle società di cui all'articolo 1».

no riuscire a concretizzare effettivamente l'ipotizzato obiettivo di mantenere un patrimonio "principale" e dei patrimoni "secondari". Anzitutto, l'interpretazione ipotizzata non comporta affatto che i patrimoni destinati, pur rientrando nel limite del dieci per cento del patrimonio netto della società, abbiano necessariamente dimensioni economiche modeste in termini assoluti. Sotto questo profilo, rimane perciò l'evidenziata disparità di trattamento di un patrimonio destinato rispetto ad una s.r.l. PMI, che comunque soggiace alle norme sul capitale sociale[25], o a una società con un patrimonio di dimensioni analoghe ma esposta a procedure concorsuali per eccedenza dei parametri posti dall'art. 1, co. 2, l. fall. In secondo luogo, poiché si ritiene che il rispetto del limite del dieci per cento vada verificato al momento della costituzione, senza cioè considerare le successive evoluzioni[26], nulla esclude che il patrimonio destinato assuma in seguito dimensioni non inferiori o addirittura superiori a quelle del patrimonio generale (laddove ad esempio lo specifico affare si riveli particolarmente lucroso o all'opposto la restante attività incontri difficoltà), facendo così venire meno quel rapporto gerarchico tra un patrimonio "principale" e dei patrimoni "secondari". Da questo punto di vista, il limite posto dall'art. 2447-*bis*, co. 2, rivela una portata molto diversa dal ben più rigido limite previsto dall'art. 2413 c.c.[27] In terzo luogo, non è affatto scontato che il dieci per cento del patrimonio netto corrisponda ad una parte minoritaria del patrimonio sociale; se infatti, come molti ritengono, il confronto va fatto tra i va-

25 È peraltro vero che oggi, alla luce della riduzione della misura minima legale, la funzione di tutela dei creditori che il capitale sociale è in grado di assolvere appare alquanto ridotta, specie nelle s.r.l. e nelle s.r.l.s. Sul punto si tornerà oltre, alla nt. 30.

26 G.E. Colombo, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca borsa*, 2004, vol. I, p. 33; C. Comporti, *Commento all'art. 2447-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, cit., p. 967; G. Giannelli, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 1221 s.; A. Maffei Alberti, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-decies*, cit., p. 1679 e p. 1681; G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 27; F. Gennari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 77 s.; G. Pescatore, *La funzione di garanzia*, cit., p. 185 s.; M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 850; F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori*, cit., p. 73 e p. 75, testo e nt. 177; se ben s'intende, P. Manes, *Commento all'art. 2447-ter*, cit., p. 84; R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 70 ss., secondo il quale non sarebbe necessario che la società redigesse una situazione patrimoniale aggiornata al momento della gemmazione del patrimonio destinato, ben potendo riferirsi al patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio approvato; F. La Rosa, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, cit., p. 20 e p. 32. In senso difforme pare però G. Mignone, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-novies*, cit., p. 1633, secondo cui «nel caso in cui il patrimonio netto diminuisca e la società si trovi ad avere già distaccato patrimoni per l'importo massimo raggiungibile in base al vecchio valore [...] [d]ovrebbe ritenersi in tal caso che la società sia tenuta a liquidare parte dei patrimoni soltanto se il rapporto attuale fra patrimonio sociale e patrimoni separati si distacchi significativamente dal 10% fissato dalla legge, sì da minare quella che può ritenersi la *ratio* della regola».

27 M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 850 s.

lori netti (ossia tra il patrimonio netto della società e il patrimonio netto del patrimonio destinato)[28], allora potrebbe essere segregata nel patrimonio destinato anche la gran parte del patrimonio sociale: ipotizzando una società con attivo 1.000 e passivo 900, nel patrimonio destinato potrebbero segregarsi attività per 910 e passività per 900, con un netto dunque di 10, corrispondente al 10% del patrimonio netto della società (pari appunto a 100)[29].

La presenza di patrimoni destinati di dimensioni non necessariamente modeste o minori di quelle del patrimonio generale, cui però non si applicano le discipline su capitale sociale e procedure concorsuali, è dunque un esito che dipende dalle scelte normative operate dal legislatore e non dalla scelta ermeneutica di riferire il limite del dieci per cento alle sole porzioni del patrimonio sociale separate: come visto, si può difatti giungere al medesimo esito anche comprendendo in tale limite gli apporti di terzi ed anche qualora i patrimoni destinati vengano costituiti esclusivamente per scissione subsocietaria[30]. Sembra allora difficile sostenere che l'art. 2447-*bis*, co. 2, im-

28 R. Lenzi, *I patrimoni destinati*, cit., p. 555; G.E. Colombo, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati*, cit., p. 33; F. Gennari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 74; M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 843 s., testo e nt. 48; G. Laurini, *I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario*, cit., p. 122; G. Bozza, *Commento all'art. 2447-bis*, cit., p. 26 s.; F. La Rosa, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, cit., p. 20 ss.; F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori*, cit., p. 74 s., testo e ntt. 180 e 181; G. Pescatore, *La funzione di garanzia*, cit., p. 188 ss., il quale osserva come ciò consenta ai creditori sociali divenuti creditori particolari di soddisfarsi in via esclusiva (rispetto ai creditori rimasti "generali") sul patrimonio destinato e, di conseguenza, come un patrimonio destinato possa anche essere costituito a garanzia e rimborso di un credito già precedentemente sorto. In questo senso si esprime anche P. Manes, *Commento all'art. 2447-bis*, in *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, a cura di P. Manes, F. Pasquariello, cit., p. 63, anche se poi (Id., *Commento all'art. 2447-ter*, cit., p. 82 e Id., *Commento all'art. 2447-quater*, p. 135) pare, se ben s'intende, stigmatizzare la soluzione adottata dal legislatore, osservando che sarebbe stato meglio riferire il limite del 10% alle sole attività destinate al patrimonio separato anziché al valore netto del patrimonio destinato (come sostiene Maffei Alberti, si veda la nt. successiva). Se ben s'intende, propende per questa interpretazione anche L. Potito, *Patrimoni destinati … all'insuccesso?*, in *Soc.*, 2006, p. 549, il quale tuttavia rileva come, anche aderendo a questa tesi, non sarebbe possibile destinare attività molto consistenti pensando di compensarle con altrettante passività: ciò in quanto non sarebbe possibile destinare passività diverse da quelle che specificamente e sostanzialmente si ricollegano agli elementi attivi destinati e dunque, salvo pochi casi (in cui potrebbe ritenersi giustificata la destinazione di consistenti partite debitorie), nelle generalità delle ipotesi s'imporrebbe un certo equilibrio, giacché diversamente potrebbe supporsi che la società, attraverso la segregazione, stia in realtà creando un privilegio per taluni creditori.

29 È proprio sulla scorta di questo esempio che propone una diversa tesi A. Maffei Alberti, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-decies*, cit., p. 1680 s., secondo il quale il rispetto del limite del dieci per cento andrebbe piuttosto verificato conteggiando al numeratore della frazione le sole attività destinande, senza dedurvi passività (che pur potrebbero venire legittimamente distaccate).

30 Il problema della sottrazione dei patrimoni destinati alle procedure concorsuali può essere risolto solo dal legislatore. Detta sottrazione avrebbe potuto essere rivista

ponga il mantenimento di una gerarchia tra il patrimonio principale e i patrimoni secondari, se poi non è in grado di assicurare tale risultato. Si condivide pertanto l'orientamento maggioritario della dottrina secondo cui la citata norma è posta a tutela dei creditori sociali e perciò riguarda solo le operazioni di scissione subsocietaria, senza interessarsi degli apporti di terzi direttamente al patrimonio destinato.

Alla luce di quanto sopra considerato, dovrebbe allora concludersi che non solo è lecita la costituzione di patrimoni destinati esclusivamente mediante apporti di terzi, ma altresì che la società può procedervi del tutto liberamente, salvo solo il rispetto del requisito della congruità per ogni comparto. Le conclusioni proposte nel presente lavoro consentono dunque alla società per azioni di dotarsi di una struttura patrimoniale multicompartimentale senza incontrare limiti per quanto concerne il numero di comparti costituibili, senza sottostare al limite dimensionale del dieci per cento previsto dall'art. 2447-*bis*, co. 2[31], e senza nemmeno essere esposta al rischio di op-

nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza ma così non è stato, avendo il legislatore del 2019 mantenuto un'impostazione che distingue tra un patrimonio principale e un patrimonio (quello destinato) secondario. Ma alla luce delle osservazioni sopra esposte, la distinzione di un patrimonio principale e di uno o più patrimoni secondari non trova riscontro nella possibile vita dell'istituto e quindi meriterebbe di essere rivista. Per quanto riguarda invece il problema dell'inapplicabilità dell'istituto del capitale sociale, forse oggi detto aspetto va ridimensionato alla luce della sempre minor rilevanza del capitale sociale nominale: quando d'Alessandro scriveva quelle pagine assolutamente condivisibili, le s.p.a. dovevano avere un capitale sociale non inferiore a 120.000 euro e le s.r.l. a 10.000; oggi le prime devono avere un capitale sociale non inferiore a 50.000 e le seconde possono costituirsi con un capitale inferiore a 10.000, pari ad almeno 1 euro. Ed allora, quel requisito di congruità che la legge richiede per i patrimoni destinati rappresenta oggi forse un requisito ben più invasivo e rigido della disciplina del capitale sociale. Con la curiosa conseguenza che si arriva esattamente alla conclusione opposta: per cui la disciplina dei patrimoni destinati, richiedendo una valutazione di congruità, è forse ancor più rigida (non dal punto di vista procedurale, non essendoci gli aumenti e riduzioni, ma dal punto di vista sostanziale) di quella del capitale sociale e di conseguenza più tutelante per i creditori sociali.

31 Il limite previsto dall'art. 2447-*bis*, co. 2, è stato da molti autori additato come principale causa dell'insuccesso, nella pratica degli affari, dell'istituto in discorso quale effettiva e più efficiente alternativa alla costituzione di una nuova società, rimanendo per giunta di ancor maggiore difficile accettazione considerata la sua assenza nella legge delega. Si vedano i giudizi in tal senso espressi da A. Maffei Alberti, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-decies*, cit., p. 1679; F. Di Sabato, *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in *Banca borsa*, 2004, I, p. 15 e p. 23, che parla di un limite «teso a strozzare l'utilizzabilità dell'istituto»; Id., *Sui patrimoni "destinati"*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di C. Montagnani, Milano, 2004, p. 62 s., dove l'Autore non solo ha predetto che tale limite avrebbe reso l'istituto «pressoché impraticabile», ma ne ha anche, per tale ragione, profilato un vizio di incostituzionalità; L. Potito, *Patrimoni destinati … all'insuccesso?*, cit., p. 548. Un simile esito era stato peraltro previsto già prima del varo della riforma da M. Lamandini, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale, Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1496 (opinione poi confermata, all'indomani della riforma, in Id., *I patri-*

posizioni da parte dei creditori. Ciò evidentemente amplia di molto le potenzialità di utilizzo dell'istituto, e quindi la sua appetibilità. In dottrina si è del resto già ipotizzato che una società possa persino giungere ad essere in concreto operativa solo attraverso la gestione di uno o più patrimoni destinati, eventualmente coordinati con quelli di altre società[32].

moni «destinati» nell'esperienza societaria, cit., p. 503), dove l'Autore aveva commentato la previsione del limite in discorso osservando che «si tratta di una limitazione operativa che rischia di rendere in realtà non appetibile lo strumento (e di decretarne così l'insuccesso pratico) giacché implica che la struttura multidivisionale della società sia necessariamente costituita da un settore di gran lunga prevalente e da uno o più diversi settori – separati – di dimensioni assai inferiori. Ciò impedisce *strutture patrimoniali multidivisionali omogenee*, specialmente nel caso di società che intendano operare in una moltiplicità di settori in regime di separatezza ma con dimensioni relative dei singoli settori analoghe» (enfasi originali). Critico nei confronti di tale limite, definito una cautela «dal sapore si potrebbe dire sbrigativo», B. Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Soc.*, 2003, p. 297; Id., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447* bis*, lettera a, c.c.)*, cit., p. 168. Si veda altresì G. Guizzi, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 651; R. Arlt, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 338, ad avviso del quale, anche alla luce delle esperienze straniere ivi riferite, il legislatore avrebbe potuto e dovuto omettere tale limitazione, o perlomeno prevedere una soglia decisamente più alta. Il limite in discorso è invece apprezzato da G. Mignone, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-novies*, cit., p. 1633 s. e p. 1668, secondo cui tale limite servirebbe a salvaguardare la solidità della società, e da G.E. Colombo, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati*, cit., p. 32, il quale ritiene che il limite quantitativo si fondi sull'esigenza di impedire che la società sottragga una parte rilevante del proprio patrimonio alla garanzia dei propri creditori "generali" (per riservarla a garanzia dei creditori "particolari" degli specifici affari) ed incida così sui diritti dei soci, senza loro deliberazione, in misura troppo rilevante.

32 Espressamente in questi termini M. Rubino De Ritis, *La costituzione dei patrimoni destinati*, cit., p. 859, secondo il quale, se il limite di cui all'art. 2447-*bis*, co. 2, è determinabile da un raffronto tra attività e passività e non include gli apporti dei terzi, evidentemente non può evitare la formazione di patrimoni destinati per affari di prevalente interesse rispetto alle altre iniziative della società.

Osservatorio

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 8 – Num. 2– Dicembre 2019

Corte d'Appello di Torino, Sezione lav., 4 febbraio 2019, n. 26

Chiara Garbuio
Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Lavoro etero-organizzato – Lavoro su piattaforma – Ciclofattorini – Qualificazione del rapporto di lavoro - Estensione delle tutele.

D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, art. 2

Le modalità di esecuzione delle prestazioni fornite dai ciclofattorini che consegnano pasti a domicilio mediante una piattaforma digitale rientrano nell'alveo applicativo della etero-organizzazione di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, in quanto organizzate dal committente in relazione ai tempi e ai luoghi di lavoro. Pur escludendosi la natura subordinata della prestazione dal momento che i ciclofattorini erano liberi di dare o meno la loro disponibilità a coprire i turni, la piattaforma stabiliva turni, zone di partenza e predeterminava i tempi di consegna. Pertanto ai ciclofattorini, benché rimangano tecnicamente lavoratori autonomi, si applicherà la disciplina del rapporto di lavoro subordinato per ogni altro aspetto, in particolare con riferimento a sicurezza e igiene, e retribuzione diretta e differita.

Motivi della decisione. –
*Sulla ricostruzione dei fatti di causa
Il primo Giudice, alla luce dell'istruttoria svolta, ha correttamente ricostruito le modalità con le quali i ricorrenti svolgevano la loro

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Garbuio, C. (2019). "L'inquadramento giuridico dei *riders* entro l'alveo dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 e prime letture giurisprudenziali della etero-organizzazione". *Ricerche giuridiche*, 8(2), 133 -152.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/02/007

attività lavorativa, rilevando che:

«La prestazione lavorativa dei ricorrenti si è svolta a grandi linee nel modo seguente.

Dopo avere compilato un formulario sul sito di Foodora (doc.12 ricorrenti), venivano convocati in piccoli gruppi presso l'ufficio di Torino per un primo colloquio nel quale veniva loro spiegato che l'attività presupponeva il possesso di una bicicletta e la disponibilità di uno smartphone; in un secondo momento veniva loro proposta la sottoscrizione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa e, dietro versamento di una caparra di E 50, venivano loro consegnati i dispositivi di sicurezza (casco, maglietta, giubbotto e luci) e l'attrezzatura per il trasporto del cibo (piastra di aggancio e box).

Il contratto che veniva sottoscritto aveva le seguenti caratteristiche (risultanti dallo stesso doc. 6 dei ricorrenti):

- era un contratto di "collaborazione coordinata e continuativa";
- era previsto che il lavoratore fosse "libero di candidarsi o non candidarsi per una specifica corsa a seconda delle proprie disponibilità ed esigenze di vita";
- il lavoratore si impegnava ad eseguire le consegne avvalendosi di una propria bicicletta "idonea e dotata di tutti i requisiti richiesti dalla legge per la circolazione";
- era previsto che il collaboratore avrebbe agito "in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo di subordinazione, potere gerarchico o disciplinare, ovvero a vincoli di presenza o di orario di qualsiasi genere nei confronti della committente", ma era tuttavia "fatto salvo il necessario coordinamento generale con l'attività della stessa committente"
- era prevista la possibilità di recedere liberamente dal contratto, anche prima della scadenza concordata, con comunicazione scritta da inviarsi a mezzo raccomandata a/r con 30 giorni di anticipo;
- il lavoratore, una volta candidatosi per una corsa, si impegnava ad effettuare la consegna tassativamente entro 30 minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo, pena applicazione a suo carico di una penale di 15 euro;
- il compenso era stabilito in E 5,60 al lordo delle ritenute fiscali e previdenziali per ciascuna ora di disponibilità;
- il collaboratore doveva provvedere ad inoltrare all'INPS "domanda di iscrizione alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335" e la committente doveva provvedere a versare il relativo contributo;
- la committente doveva provvedere all'iscrizione del collaboratore all'INAIL ai sensi dell'art.5 del d.lgs, 23 febbraio 2000 n. 38; il premio era a carico del collaboratore per un terzo e della committente per due terzi;

- la committente doveva affidare al collaboratore in comodato gratuito un casco da ciclista, un giubbotto e un bauletto dotato dei segni distintivi dell'azienda a fronte di un versamento di una cauzione di E 50.

Al contratto era allegato un foglio contenente l'informativa sul trattamento dei dati personali e la prestazione del consenso.

La gestione del rapporto avveniva attraverso la piattaforma multimediale "Shyftplan" e un applicativo per smartphone (inizialmente "Urban Ninjia" e poi "Hurrier"), per il cui uso venivano fornite da Foodora delle apposite istruzioni (docc. 14 e 15 ricorrenti).

L'azienda pubblicava settimanalmente su Shyftplan gli "slot", con indicazione del numero di riders necessari per coprire ciascun turno.

Ciascun rider poteva dare la propria disponibilità per i vari slot in base alle proprie esigenze personali, ma non era obbligato a farlo.

Raccolte le disponibilità, il responsabile della "flotta" confermava tramite Shyftplan ai singoli riders l'assegnazione del turno.

Ricevuta la conferma del turno, il lavoratore doveva recarsi all'orario di inizio del turno in una delle tre zone di partenza predefinite (Piazza Vittorio Veneto, Piazza Carlo Felice o Piazza Bernini), attivare l'applicativo Hurrier inserendo le credenziali (user name e password) per effettuare l'accesso (login) e avviare la geolocalizzazione (GPS).

Il rider riceveva quindi sulla app la notifica dell'ordine con l'indicazione dell'indirizzo del ristorante.

Accettato l'ordine, il rider doveva recarsi con la propria bicicletta al ristorante, prendere in consegna i prodotti, controllarne la corrispondenza con l'ordine e comunicare tramite l'apposito comando della app il buon esito della verifica.

A questo punto, posizionato il cibo nel box, il rider doveva provvedere a consegnarlo al cliente, il cui indirizzo gli era stato nel frattempo comunicato tramite la app; doveva quindi confermare di avere regolarmente effettuato la consegna».

*Sulla motivazione posta dal primo Giudice a fondamento della sua decisione.

Ciò premesso, il Giudice di prime cure ha ritenuto che tali rapporti di lavoro non avessero natura subordinata alla luce delle seguenti considerazioni: 1) la volontà delle parti che avevano sottoscritto contratti di collaborazione coordinata e continuativa; 2) la circostanza che i ricorrenti non fossero obbligati a dare la propria disponibilità lavorativa per uno dei turni indicati da Foodora e, a sua volta, che la convenuta potesse accettare la disponibilità data dai ricorrenti e inserirli nei turni da loro richiesti ma potesse anche non farlo (pertanto se il datore di lavoro non poteva pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione lavorativa non poteva neppure esercitare il potere direttivo e organizzativo); 3) con riferimento all'inserimento del rider in un turno (a seguito della disponibilità mani-

festata dallo stesso) l'istruttoria aveva dimostrato l'insussistenza dell'esercizio un potere gerarchico disciplinare da parte della società nei confronti dei ricorrenti (convenuta che non aveva mai adottato azioni disciplinari nei confronti degli attori anche se questi dopo avere dato la loro disponibilità la revocavano o non si presentavano a rendere la prestazione).

Mentre le modalità di svolgimento della prestazione e le relative indicazioni e verifiche operate dalla convenuta rientravano a pieno titolo nelle esigenze di coordinamento dettate dalla necessità di rispetto dei tempi di consegna.

Il primo Giudice ha, pertanto, respinto le domande aventi ad oggetto: la condanna al pagamento delle differenze retributive, quelle di nullità ed inefficacia del licenziamento e quelle risarcitorie in quanto presupponevano il riconoscimento della subordinazione.

Inoltre il Tribunale, nel rammentare che i ricorrenti avevano invocato in via subordinata l'applicazione della norma di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015, ha accolto la tesi sostenuta dalla difesa dell'azienda e cioè che si trattava di una disposizione incapace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro.

Posto che: "la norma dispone infatti che sia applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro: è quindi necessario che il lavoratore sia pur sempre sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro e non è sufficiente che tale potere si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro perché deve al contrario riguardare anche i tempi e il luogo di lavoro.

Così come è stata formulata, la norma viene quindi ad avere addirittura un ambito di applicazione più ristretto di quello dell'art. 2094 c.c.

Senza considerare poi il fatto che appare difficile parlare di organizzazione dei tempi di lavoro in un'ipotesi come quella oggetto di causa in cui i riders avevano la facoltà di stabilire se e quando dare la propria disponibilità ad essere inseriti nei turni di lavoro".

*Sui motivi di appello.

La difesa degli appellanti censura la sentenza di primo grado sostenendo che il Tribunale abbia dato eccessivo rilievo ai contratti di collaborazione sottoscritti dai lavoratori, senza sindacare la reale volontà delle parti che, alla luce delle risultanze istruttorie con riferimento ai concreti comportamenti posti in essere in sede precontrattuale, risulterebbe tutt'altro che unanime nel porre in essere rapporti di collaborazione autonoma.

Inoltre, il Giudice di prime cure non avrebbe nemmeno considerato che non vi era piena corrispondenza tra il testo dei presunti contratti e la realtà dell'attività lavorativa svolta dai ricorrenti.

Viene ribadito che dalle prove acquisite emergerebbe la sottoposizione dei riders al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro.

È criticata, infine, l'interpretazione data dal Giudice di prime cure alla disposizione del "jobs act" intesa come eccessivamente restrittiva e contraddittoria, ove la norma è ritenuta avere un ambito di applicazione più limitato di quello dell'art. 2094 cc (spiegazione che finisce con il vanificare l'effettiva intenzione del legislatore che l'ha posta in essere).

*Sulle istanze di acquisizione documenti in appello.

Ora, prima di esaminare i motivi di impugnazione, appare necessario decidere sulle nuove istanze di produzione documenti avanzate dalla difesa degli appellanti in questo grado di giudizio.

A) Viene chiesta l'acquisizione (allegato 1 in appello) della trascrizione di alcune mail e chat riguardanti gli appellanti di epoca anteriore al giudizio di primo grado (anno 2016) e del questionario INAIL relativo a un infortunio subito dal Signor Cann. in data 4.9.2016 (riguardo al quale nulla era stato allegato e dedotto nel ricorso introduttivo del giudizio).

Nonchè di mail contenenti bozze di contratto di assunzione full-time inviata al Sig. Mu. e part-time al Sig. Ru. (non firmate).

Ritiene, però, il Collegio che si tratti di produzioni tardive e comunque inammissibili ove non si sostanziano in documenti. Pertanto tale produzione non viene ammessa.

B) Viene chiesta l'acquisizione di un cd (allegato 2) contenente la registrazione di una puntata di una trasmissione televisiva ("carta bianca") del 24.4.2018 e tale produzione è ammessa ed acquisita al fascicolo processuale in quanto successiva alla sentenza di primo grado e producibile solo in appello, riservando il Collegio ogni valutazione sulla rilevanza della stessa.

C) Viene chiesta l'acquisizione di un documento (allegato 3) tratto da un sito della appellata dal quale si evincerebbe (circostanza contestata dalla difesa della società) che Foodora richiedeva almeno 20 ore di disponibilità settimanali agli aspiranti riders.

Ora, il documento in questione è sì successivo al giudizio di primo grado (è del giugno 2018) tuttavia è irrilevante posto che gli appellanti nel ricorso introduttivo del giudizio non hanno dedotto di avere lavorato mediamente 20 ore settimanali.

Le uniche deduzioni sul punto sono state fatte dalla convenuta nella sua memoria di costituzione con l'indicazione per ciascuno di essi di un orario inferiore e la stessa difesa degli appellanti, solo in sede di discussione in questo grado di giudizio, ha sostenuto (senza che vi fossero allegazioni sul punto) lo svolgimento di un monte ore lavorativo settimanale superiore a quello indicato dall'azienda ma comunque inferiore alle 20 ore settimanali asseritamente richieste dalla società.

Il Collegio decide, quindi, di non acquisirlo.

D) Viene chiesta l'acquisizione del fascicolo contenente l'attività di accertamento effettuata dall'Ispettorato del lavoro (a seguito di denuncia dei lavoratori) e di copia di un reclamo proposto dagli appellanti all'Autorità Garante della privacy, produzione che il Collegio non ritiene di acquisire alla luce del provvedimento di reiezione della opposizione alla archiviazione del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Torino del 12.07.2018, conseguente a un esposto-querela presentato contro ignoti per gli stessi fatti (asserita violazione dell'art. 4 l. n. 300/70 e violazione della normativa in materia antinfortunistica).

*Sulla subordinazione.

Con riferimento alla sussistenza, o meno, del vincolo della subordinazione il Collegio non può non rilevare che i rapporti di lavoro oggetto di causa hanno avuto una durata compresa tra i sei e gli undici mesi (6 mesi Ca., 7 mesi La., 8 mesi Pi. e Gi. e 11 mesi Ru.) con una prestazione media decisamente inferiore alle 20 ore settimanali (anche a volere accedere a quanto sostenuto, solo in sede di discussione e senza alcun riscontro, dalla difesa degli appellanti – quella della appellata aveva indicato un "range" da 7 ore settimanali a 12 ore alla luce di quanto riportato nelle buste paga – i lavoratori in questione avrebbero lavorato in media dalle 68,5 ore mensili alle 44/45 ore).

Si tratta di modalità, come evidenziato dalla difesa della società, già di per sé poco compatibili con la natura subordinata dei rapporti di lavoro in essere.

Quello che però rileva, per escludere la sussistenza della subordinazione, è la circostanza che gli appellanti erano liberi di dare, o no, la propria disponibilità per i vari turni (slot) offerti dalla azienda.

Erano loro che decidevano se, e quando, lavorare senza dovere giustificare la loro decisione e senza doversi cercare un sostituto, inoltre potevano anche non prestare servizio nei turni per i quali la loro disponibilità era stata accettata, revocando la stessa o non presentandosi (swap – funzione di revoca – e no show – mancata presentazione).

In merito si richiama la deposizione del teste Mo. (aveva svolto l'attività di rider dal febbraio 2016 al settembre dello stesso anno):

«Se uno dopo essersi prenotato per un turno, ma prima che iniziasse, voleva togliere la propria disponibilità doveva utilizzare la funzione swap inoltrando una richiesta, a quel punto bisognava aspettare una risposta che arrivava via e-mail.

Non si poteva considerare cambiato il turno fino a quando non si riceveva la mail di risposta che indicava il cambio di turno.

Poteva capitare che qualcuno non si presentasse, in questo caso veniva richiamato dal sistema ed eventualmente escluso dal turno».

Non è in realtà emerso che qualcuno sia stato costretto a effettuare un turno per il quale aveva dato la disponibilità poi revocata, tramite la funzione swap o nei fatti per mancata presentazione-no show e, come correttamente evidenziato dal primo Giudice, non è risulta-

to che in tali casi l'azienda adottasse provvedimenti sanzionatori.

Quindi mancava il requisito della obbligatorietà della prestazione.

In merito la difesa degli appellanti ha fatto riferimento a una serie di sentenze della Suprema Corte riguardanti gli addetti al ricevimento delle giocate presso le agenzie ippiche e le sale scommesse.

In particolare è stata menzionata la sentenza n. 3457 del 13.02.2018 che ha confermato la decisione della Corte d'Appello di Genova che aveva ritenuto la sussistenza del vincolo della subordinazione poiché:

«in base all'attività istruttoria espletata il rapporto di lavoro in questione risultava essersi svolto proprio in base le modalità indicate dalla citata giurisprudenza, ovverosia mediante la chiamata a seconda della necessità con facoltà di aderire da parte della lavoratrice. A completamento del ragionamento, la Corte distrettuale rilevava come l'attività svolta fosse priva di autonomia organizzativa, nel senso che si inseriva in un lavoro preordinato, nelle modalità e funzioni, dalla strutturazione stessa dell'impresa dell'appellante, nel cui ambito la D., come altri, semplicemente si occupava, quando chiamata, di raccogliere le giocate e di pagare le vincite all'interno dell'agenzia ippica. Insomma, vi era stabile inserimento nell'organizzazione altrui e assolvimento di compiti essenziali, senza i quali essa non poteva funzionare, con appunto alienità di questa e ad un tempo alienità dei risultati della prestazione (aspetti decisivi e sufficienti, questi ultimi due secondo Corte cost. 5 feb. 1996 n. 30, seguita da Cass. lav. n. 820/07, per qualificare come subordinata un'attività lavorativa).....

Nel citato arresto la Suprema Corte ha affermato che:

4.d. La predisposizione e l'assoggettamento sono la descrizione del contenuto del rapporto, nel suo materiale svolgimento. Il fatto che il lavoratore sia libero di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione, non attiene a questo contenuto, bensì è esterno, sul piano non solo logico bensì temporale (in quanto precede lo svolgimento). Tale fatto è idoneo solo (eventualmente) a precludere (per l'assenza di accettazione) la concreta esistenza d'un rapporto (di qualunque natura); e comporta la conseguente configurazione di rapporti instaurati volta per volta (anche giorno per giorno), in funzione del relativo effettivo svolgimento, e sulla base dell'accettazione e della prestazione data dal lavoratore. L'accettazione e la presentazione del lavoratore, espressioni del suo consenso, incidono (come elemento necessario ad ogni contratto) sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata: non sulla forma e sul contenuto della prestazione (e pertanto sulla natura del rapporto).

4. e. Egualmente è a dirsi per la possibilità che, fin dall'inizio o nello svolgimento del rapporto, il lavoratore, con il preventivo generale consenso del datore, si faccia sostituire da altri, che gli subentra: fatto temporalmente e logicamente esterno al contenuto ed allo svolgimento della prestazione. Poiché il singolo rapporto si instaura

volta per volta (anche giorno per giorno), sulla base dell'accettazione e della prestazione data dal lavoratore ed in funzione del suo effettivo svolgimento, la preventiva sostituibilità incide sull'individuazione del lavoratore quale parte del singolo specifico contingente rapporto: non esclude la personalità del rapporto stesso (che poi si instaura), e pertanto la subordinazione, la quale resta riferita a colui che del rapporto è effettivamente (pur contingentemente) soggetto (svolgendo la prestazione e percependo la retribuzione)».

Ora, pur con la doverosa attenzione a tale autorevole pronuncia, e però considerando che quando si deve analizzare una sentenza non si può che fare riferimento al contesto in cui si è realizzata la prestazione lavorativa oggetto di causa (che era quello delle agenzie ippiche e non del lavoro nelle piattaforme digitali, come nel nostro caso), non ritiene questo Collegio di potere condividere la sentenza nella parte in cui afferma che la libertà di presentarsi o meno a rendere la prestazione (senza dovere fornire giustificazioni in merito) possa configurarsi come elemento "esterno al contenuto del rapporto".

Non solo la modalità di svolgimento della prestazione ma anche l'obbligo di lavorare sono requisiti di fattispecie nell'art. 2094 cc.

Il contenuto dell'obbligazione gravante sul dipendente è testualmente definito dall'art. 2094 cc come prestazione del proprio lavoro, sicché il predetto obbligo entra a far parte del contratto.

Si rammenta che sempre la Suprema Corte, in altra sentenza che pure aveva esaminato la giurisprudenza della Cassazione che all'epoca si era formata con riferimento agli addetti delle sale scommesse (da ultimo confermata nel sopracitato arresto) aveva nondimeno affermato che:

«Ai fini della distinzione fra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo, assume comunque valore determinante – anche a voler accedere ad una nozione più ampia della subordinazione, con riferimento a sistemi di organizzazione del lavoro improntati alla "esteriorizzazione" di interi cicli del settore produttivo – l'accertamento della avvenuta assunzione, da parte del lavoratore, dell'obbligo contrattuale di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità, fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la produzione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro (nella specie, la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva escluso la subordinazione in relazione ad una lavoratrice che, facendo parte di un gruppo di giovani che prestavano di sera la propria attività di camerieri presso un ristorante, veniva indirizzata presso l'esercizio secondo turni giornalieri e settimanali organizzati dalla stessa lavoratrice secondo accordi con il suo gruppo, a seconda delle proprie esigenze, senza obbligatorietà della prestazione). (Sez. L, Sentenza n. 2842 del 26/02/2002, Rv. 552597 - 01)».

È innegabile che, a seguito della stipula del contratto di lavoro, in capo al lavoratore sorge l'obbligazione principale di eseguire la prestazione lavorativa, sottostando, entro i limiti sanciti dalla legge e dai contratti collettivi, al potere direttivo e al potere disciplinare del datore di lavoro.

Nel caso di specie l'appellata poteva disporre della prestazione lavorativa degli appellanti solo se questi decidevano di candidarsi a svolgere l'attività nelle fasce orarie (slot) stabilite.

È vero che si trattava di slot predeterminati dalla società ma è anche vero che la stessa non aveva il potere di imporre ai riders di lavorare nei turni in questione o di non revocare la disponibilità data, a dimostrazione della insussistenza del vincolo della subordinazione.

Alla luce di quanto sopra sottolineato assume allora rilevanza (anche se non decisiva ma comunque rafforzativa circa la valutazione autonoma dei rapporti di lavoro oggetto di causa) il *nomen juris* concordemente adoperato dalle parti in sede di conclusione dell'accordo, proprio ai fini della qualificazione del rapporto medesimo.

Pertanto la domanda principale dei ricorrenti/odierni appellanti deve essere respinta.

*Sull'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015.

Non ritiene, invece, il Collegio di condividere quanto affermato dal Tribunale in relazione alla invocata (in via subordinata) applicazione della norma di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015 secondo cui:

«A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Ritenere, infatti, che una norma di legge non abbia un contenuto precettivo (come pur affermato da autorevole dottrina, tra cui spicca la difesa della appellata) è una valutazione che si comprende in ambito scientifico ma è preclusa ad un Organo giudicante il quale è tenuto ad applicare le leggi dello Stato in vigore, anche se si tratta di una norma di non facile interpretazione stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell'art. 2094 cc.

Compito del Giudice è quindi quello di interpretare la norma, delinearne l'ambito di applicazione (il perimetro) e verificare se la fattispecie concreta (oggetto di causa) rientri nella previsione della stessa.

Secondo il Collegio la norma in questione individua un terzo genere, che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 cc e la collaborazione come prevista dall'art. 409 n. 3 c.p.c, evidentemente per garantire una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si stanno sviluppando.

Postula un concetto di etero-organizzazione in capo al committen-

e-ISSN 2281-6100

te che viene così ad avere il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa del collaboratore e cioè la possibilità di stabilire i tempi e i luoghi di lavoro.

Pur senza "sconfinare" nell'esercizio del potere gerarchico, disciplinare (che è alla base della eterodirezione) la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando è ravvisabile un'effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente, in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa (l'organizzazione) e si pone come un qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c, poiché qui è il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore.

Abbiamo così l'esercizio del potere gerarchico-disciplinare-direttivo che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 2094 cc (in cui il prestatore è comunque tenuto all'obbedienza), l'etero-organizzazione produttiva del committente che ha le caratteristiche sopra indicate (e rientra nella previsione di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015) e la collaborazione coordinata *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. in cui è il collaboratore che pur coordinandosi con il committente organizza autonomamente la propria attività lavorativa (in questo caso le modalità di coordinamento sono definite consensualmente e quelle di esecuzione della prestazione autonomamente).

Altro aspetto importante, per stabilire se al caso concreto è applicabile la norma in questione, è quello di accertare se la prestazione lavorativa ha il carattere della "continuatività".

Carattere che, ritiene il Collegio, deve essere valutato in senso ampio tenuto conto della funzione di tutela della norma e della peculiarità (e continua evoluzione) dei rapporti di lavoro che è chiamata a disciplinare.

Va quindi intesa da un lato come non occasionalità e dall'altro, riguardo alla esecuzione della prestazione, come svolgimento di attività che vengono (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti.

Alla luce di quanto sopra, tenuto conto delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa dei ricorrenti come descritte, ritiene il Collegio che la domanda avanzata dagli stessi in via subordinata debba essere accolta.

Gli appellanti, infatti, lavoravano sulla base di una "turnistica" stabilita dalla appellata, erano determinate dalla committente le zone di partenza, venivano comunicati loro tramite app gli indirizzi cui di volta in volta effettuare la consegna (con relativa conferma), i tempi di consegna erano predeterminati (30 minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo).

Indubbiamente le modalità di esecuzione erano organizzate dalla committente quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro.

Inoltre gli appellanti avevano sottoscritto dei contratti di collabo-

razione nei quali era prevista una durata di alcuni mesi e avevano svolto attività per la società appellata in via continuativa per quasi tutte le settimane in tale arco temporale.

Ritiene, infine, questa Corte che l'applicazione dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 non comporti la costituzione di una rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato tra le parti, come chiesto dalla Difesa degli appellanti.

La norma stabilisce solo che a far data dal 1°gennaio 2016 si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione autonoma etero-organizzata (in essere), che però continuano a mantenere la loro natura.

Ciò significa che il lavoratore etero-organizzato resta, tecnicamente, "autonomo" ma per ogni altro aspetto, e in particolare per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza, il rapporto è regolato nello stesso modo.

Viene, pertanto, fatto salvo l'assetto negoziale stabilito dalle parti in sede di stipulazione del contratto con l'estensione delle tutele previste per i rapporti di lavoro subordinato.

Quindi, entro tali limiti, deve essere accolta la domanda degli appellanti volta al riconoscimento del loro diritto a ottenere il trattamento retributivo dei lavoratori dipendenti ma solo riguardo ai giorni e alle ore di lavoro effettivamente prestate.

Non essendo l'appellata iscritta ad alcuna associazione imprenditoriale che abbia sottoscritto contratti collettivi, ritiene il Collegio (riguardo all'attività e alle mansioni svolte dai ricorrenti) che debba essere riconosciuta loro (*ex* art. 36 Cost) la retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello del CCNL logistica-trasporto-merci.

In tale livello sono, infatti, inquadrati i fattorini addetti alla presa e alla consegna.

La società appellata dovrà, così, essere condannata a pagare a ciascuno degli appellanti quanto dovuto in relazione ai giorni e alle ore di attività lavorativa effettivamente prestata dai medesimi, dedotto quanto da loro già percepito (sul punto, nelle conclusioni del ricorso introduttivo del giudizio, è stata richiesta solo la condanna generica).

*Sui licenziamenti

La domanda deve essere respinta posto che non vi è riconoscimento della subordinazione.

Inoltre i contratti di collaborazione prorogati fino al 30.11.2016 non sono stati rinnovati alla scadenza.

L'appellata ha offerto ai riders con contratto in scadenza a novembre 2016 (tra cui gli odierni appellanti) la prosecuzione del rapporto con modalità diverse (retribuzione a cottimo). Si vedano gli allegati 9-10 alla memoria di costituzione della convenuta nel primo grado di giudizio, comunicazioni con le quali si invitano i ricorrenti a par-

tecipare ad un incontro in data 2.11.2016 in cui sarebbero state loro illustrate loro le nuove proposte contrattuali.

Non vi è stata pertanto una interruzione, da parte della società, dei rapporti di lavoro in essere prima della loro scadenza naturale.

*Sul risarcimento del danno per violazione dell'art. 2087 cc.

Nel caso di specie si deve evidenziare che, a prescindere dall'ambito di applicazione dell'art. 2087 cc, gli odierni appellanti non imputano alla appellata alcun danno patrimoniale derivante dalla violazione di tale norma (e di norme antinfortunistiche specifiche) e chiedono il ristoro di un danno non patrimoniale non meglio precisato (lo stesso Ca. solo in sede di appello ha dedotto tardivamente l'esistenza di un infortunio senza muovere, nel ricorso presentato in questa fase di giudizio, alcun specifico rilievo alla società).

Ora, si rammenta che la Suprema Corte ha affermato che:

Possono essere risarcite plurime voci di danno non patrimoniale, purché allegate e provate nella loro specificità, purché si pervenga ad una ragionevole mediazione tra l'esigenza di non moltiplicare in via automatica le voci risarcitorie in presenza di lesioni all'integrità psico-fisica della persona con tratti unitari suscettibili di essere globalmente considerati, e quella di valutare l'incidenza dell'atto lesivo su aspetti particolari che attengono alla personalità del danneggiato. (Sez. 1 -, Ordinanza n. 13992 del 31/05/2018, Rv. 649164 - 01).

La natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale, come predicata dalle sezioni unite della S.C., deve essere interpretata, rispettivamente, nel senso di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto non suscettibile di valutazione economica e come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie, attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, e di non oltrepassare una soglia minima di apprezzabilità, procedendo ad un accertamento concreto e non astratto, dando ingresso a tutti i mezzi di prova normativamente previsti, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni. (Sez. 3 -, Sentenza n. 901 del 17/01/2018, Rv. 647125 - 01)

Il danno non patrimoniale, anche nel caso di lesione di diritti inviolabili, quale il diritto alla libera manifestazione del pensiero, non può mai ritenersi "in re ipsa", ma va debitamente allegato e provato da chi lo invoca, anche attraverso il ricorso a presunzioni semplici. (Fattispecie in tema di danno non patrimoniale lamentato da un rappresentante sindacale aziendale, che era stato sanzionato illegittimamente per aver offeso l'onore del datore di lavoro denunciando, nei limiti della verità oggettiva, irregolarità negli appalti, e che aveva allegato genericamente di aver subito discredito nell'ambiente di lavoro e sociale, a causa dell'irrogazione della sanzione disciplinare, poi annullata dal giudice). (Sez. L, Sentenza n. 7471 del 14/05/2012, Rv. 622793 - 01).

Orientamento oramai uniforme scaturente da Cass. SU 26972/2008.

La relativa domanda deve, pertanto, essere respinta.

*Sul risarcimento del danno per violazione della normativa in materia di privacy e sui controlli a distanza.

Anche con riferimento a tale domanda il Collegio non può che rilevare come i ricorrenti (odierni appellanti) non abbiano dedotto né provato di avere subito un danno dall'asserito illegittimo utilizzo dei dati personali, limitandosi a chiedere un risarcimento di E 20.000,00 per ciascuno senza nemmeno indicare (come correttamente evidenziato dal Giudice di prime cure) alcun parametro utile alla quantificazione del danno subito.

Tra l'altro tale ultimo passaggio motivazionale della appellata sentenza non risulta essere oggetto di alcuna specifica doglianza nei motivi di impugnazione.

Ora, la Suprema Corte in merito ha ritenuto che:

In tema di risarcimento del danno non patrimoniale per violazione dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. codice della privacy), è ammissibile la prova per testimoni di tale danno, in quanto esso non può ritenersi "in re ipsa", ma va allegato e provato, sia pure attraverso il ricorso a presunzioni semplici, e, quindi, a maggior ragione, tramite testimonianze, che attestino uno stato di sofferenza fisica o psichica. (nel caso di specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito, che non aveva ammesso la testimonianza circa la sofferenza psicologica di un soggetto, dovuta alla comunicazione di dati afferenti la sua appartenenza sindacale). (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 22100 del 26/09/2013, Rv. 627948 - 01).

Non decisiva è pertanto l'ordinanza della Suprema Corte n.14242 del 4/6/2018 (invocata dalla difesa degli appellanti) che aveva respinto il ricorso della Agenzia delle Dogane che era stata condannata al risarcimento del danno in favore di un suo dipendente il quale era stato oggetto di un provvedimento di trasferimento, a seguito di una indagine avviata dalla locale Procura della Repubblica, poiché nella stessa determina si dava atto della vicenda ed era stata comunicata utilizzando un protocollo ordinario e rendendo quindi la vicenda di pubblico dominio.

In tale pronuncia la Suprema Corte aveva affermato che: 1) spetta al giudice valutare, sulla base delle allegazioni del danneggiato e di presunzioni semplici (tenendo anche conto dell'eventuale prova contraria fornita dal danneggiante) se il danno debba essere risarcito in quanto lesivo di diritti la cui violazione non debba e non possa essere tollerata dal danneggiato; 2) una volta ritenuto che il bene violato faccia parte di valori fondamentali, ovvero dei diritti inviolabili della persona, il Giudice deve disporre che il danno debba essere risarcito quantomeno in via equitativa, salvo la prova contraria dedotta dal danneggiante.

Però in quel caso (come evidenziato dalla Cassazione) dalla sen-

tenza impugnata si evinceva provata l'illecita lesione del diritto alla riservatezza del ricorrente mediante la diffusione di dati giudiziari inerenti alla sua persona, il giudicante aveva così ritenuto, ricorrendo a presunzioni semplici, che tale condotta avesse causato nel dipendente un forte senso di turbamento e di vergogna.

A dimostrazione che un danno, per essere risarcito in sede civile, deve essere allegato e provato, cosa che nel nostro caso non è avvenuta.

Identiche considerazioni vanno fatte riguardo alla denunciata violazione della normativa sui controlli a distanza, con particolare riferimento alla geo-localizzazione tramite gli smartphone, posto che difetta qualsiasi allegazione sulla sussistenza e l'entità di un pregiudizio (non dimostrabile alla luce di quanto dedotto nel ricorso introduttivo del primo grado di giudizio).

*In conclusione.

L'appello merita quindi di essere accolto in misura parziale, nel senso che deve essere accertato e dichiarato che (*ex* art. 2 d.lgs. 81/2015) gli appellanti hanno il diritto di vedersi corrispondere quanto maturato in relazione alla attività lavorativa da loro effettivamente prestata in favore dell'appellata sulla base della retribuzione, diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello CCNL logistica trasporto merci, dedotto quanto percepito.

Inoltre l'appellata deve essere condannata a pagare a ciascun appellante il dovuto in conformità a quanto sopra deciso oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Le restanti domande avanzate dagli appellanti devono, invece, essere respinte con conseguente assoluzione dalle stesse della appellata.

Ritiene il Collegio, in relazione all'esito della causa, di compensare nella misura di due terzi le spese di entrambi i gradi di giudizio, la restante parte, liquidata come da dispositivo, deve essere posta a carico della appellata parzialmente soccombente.

P.Q.M.

Visto l'art. 437 c.p.c.,

In parziale accoglimento dell'appello,

1) accerta e dichiara *ex* art. 2 d.lgs. 81/2015 il diritto degli appellanti a vedersi corrispondere quanto maturato in relazione alla attività lavorativa da loro effettivamente prestata in favore dell'appellata sulla base della retribuzione, diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello CCNL logistica trasporto merci, dedotto quanto percepito; 2) condanna l'appellata a pagare a ciascun appellante quanto dovuto in base al capo 1) oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo; 3) condanna l'appellata a rimborsare agli appellanti un terzo delle spese di lite che vengono liquidate per l'intero in E 15.840,00 per il primo grado e per il presente in E 10.400,00 il tutto oltre IVA CPA e rimborso forfettario compensati i restanti due terzi, con distrazione in favore dei Difensori.

L'inquadramento giuridico dei *riders* entro l'alveo dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 e prime letture giurisprudenziali della etero-organizzazione

Abstract The paper aims to analyze the Sentence of the Court of Appeal in which the judges, partially reforming the ruling of the first instance Court, excluded the subordinate nature of the relationship between the riders and the Foodora platform; in the same time the judges of the Court of Appeal recognized that this relationship have the characteristics of the "hetero - organization" and therefore the applicability of art. 2 legislative decree no. 81/2015. The sentence also offers the occasion for one of the first jurisprudential reconstructions of the "hetero-organization", recently inserted in the Italian legal context.

Keywords Platform work. Riders. Legal qualification. Self-employment. Legal protections.

Sommario 1. Premessa. L'annosa qualificazione dei riders e l'intervento della Corte d'appello. – 2. Fatti e tappe del procedimento. – 3. Ricostruzione delle fattispecie ed etero-organizzazione come *tertium genus*. – 4. Cenni conclusivi.

1 Premessa. L'annosa qualificazione dei riders e l'intervento della Corte d'appello

Con la sentenza in commento, la Corte di Appello di Torino ha riformato la sentenza di primo grado[1] e, accogliendo solo parzialmente l'appello presentato dai ciclofattorini, da un lato ne esclude la natura di lavoratori subordinati, dall'altro li include nell'alveo delle collaborazioni etero-organizzate dal committente, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, estendendo loro per questa via alcune delle tutele destinate ai lavoratori subordinati.

La questione della qualificazione del rapporto che lega i cd. *riders* che consegnano il cibo a domicilio alle piattaforme digitali che collezionano le richieste degli utenti finali e organizzano la loro attività è, come noto, spinosa e non univoca, posto che anche a livello internazionale la giurisprudenza si è pronunciata talvolta riscontrandovi caratteristiche inequivocabili di un rapporto subordinato, talaltra gli

1 Sentenza del Tribunale di Torino, 5 luglio 2018, v. M. Biasi, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei* riders *di Foodora*, in *Arg. Dir. lav.*, voll. 4-5, 2018, p. 1227 ss.

estremi di un lavoro autonomo, al più coordinato dalla piattaforma[2].

D'altro canto, se il rapporto tra la piattaforma e i fattorini digitali risulta replicabile ovunque una connessione internet permetta loro di collegarsi, la qualificazione giuridica di questo rapporto risente inevitabilmente degli strumenti regolativi messi a disposizione dall'ordinamento di riferimento, delegando all'interprete, nel quasi totale silenzio dei legislatori, l'onere di sistematizzare fenomeni nuovi e di non semplice lettura entro schemi tradizionali.

2 Fatti e tappe del procedimento

Adito da cinque ciclofattorini che lavoravano per la piattaforma Foodora per consegnare i pasti a domicilio, il giudice di prime cure, alla stregua di quanto deciso dal Tribunale di Milano per i *riders* al servizio di Glovo[3], aveva escluso tanto la sussistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato, quanto quella di un rapporto di tipo etero-organizzato ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, recentemente introdotto nell'ordinamento. Il Tribunale di Torino, sulla base delle modalità con cui l'attività veniva svolta, respingeva le domande dei ricorrenti[4] individuando tre argomentazioni chiave: innanzitutto, da un punto di vista formale, i *riders* avevano consapevolmente sottoscritto dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa; in secondo luogo essi non erano obbligati a conferire la disponibilità a

2 Senza pretesa di esaustività, V. Cagnin, *Gig-economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltreconfine*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, a cura di A. Perulli, Toronto-Padova, 2018, p. 31 ss.; nello stesso volume anche A. Perulli, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele*, p. 115 ss.; P. Tullini, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino nella regolazione*, p. 171 ss.; R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 336/2017; M. Biasi, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in *Commento breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi, Padova, 2018, p. 67 ss. Sugli approdi della giurisprudenza internazionale v. anche P. Tullini, *Le collaborazioni etero-orgnaizzate dei riders; quali tutele applicabili?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, vol. 1, p. 2, che ricorda sia gli arresti dei giudici spagnoli (sent. 1 giugno 2018 n. 244, *Juzgado de lo Social* n. 6 de Valencia, sent. 11 febbraio 2019, n. 53, *Jusgado de lo Social* n. 33 de Madrid) e della *Chambre Sociale* della Cassazione francese (sent. 28 novembre 2018, n. 1737) di cui sia consentito per un commento anche il rinvio a C. Garbuio, *Il contributo della Cour de Cassation francese alla qualificazione dei lavoratori digitali: se la piattaforma esercita i poteri tipici del datore, sussiste un* lien de subordination, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, vol. 2, p. 181 ss.

3 Trib. Milano, 10 settembre 2018; per un commento v. C. Spinelli, Riders*: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, vol. 2, p. 83 ss.

4 I quali avevano chiesto *in primis* il riconoscimento del loro rapporto di lavoro come subordinato e in subordine come etero-organizzato.

coprire i turni indicati dalla piattaforma Foodora, così come Foodora non era obbligata a far lavorare i ciclofattorini nei turni da essi richiesti; da ultimo, indicata dal ciclofattorino la propria disponibilità a coprire un determinato turno, la piattaforma non esercitava poteri disciplinari assimilabili a quelli del datore tanto che, nemmeno a fronte della revoca di una disponibilità già data per coprire un turno, non venivano adottate azioni disciplinari, laddove indicazioni e verifiche operate dalla piattaforma avevano il solo scopo di coordinare il lavoro dei ciclofattorini in base al carico e numero delle consegne.

Pertanto il Tribunale concludeva nel senso di escludere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra *riders* e Foodora. Altresì escludeva, come invece invocato in via subordinata dai ricorrenti, che potesse essere ravvisata la fattispecie di cui all'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 in quanto la norma – secondo il giudice di prime cure – avrebbe un campo di applicazione ancora più ristretto rispetto a quello delimitato dall'art. 2094 c.c. Dal momento, insomma, che i *riders* potevano liberamente dare o non dare la loro disponibilità per coprire i turni senza alcuna ripercussione, e che non era ravvisabile una modalità di esecuzione della prestazione organizzata dal committente *anche* con riferimento a tempi e luoghi della stessa, i rapporti di lavoro parevano perfettamente sussumersi nella fattispecie della collaborazione coordinata e continuativa.

Investita della questione, la Corte d'appello torinese ha confermato l'insussistenza della subordinazione in ragione del fatto che i *riders* potessero liberamente dare la loro disponibilità a coprire i turni come indicati dalla piattaforma, ma non dovessero dare, al contempo, alcuna giustificazione qualora questa disponibilità non venisse data; inoltre, a fronte di una revoca rispetto ad una disponibilità già conferita per un determinato turno non solo i ciclofattorini non erano tenuti a reperire sostituti, ma non subivano alcun provvedimento sanzionatorio da parte della società. In altri termini, la piattaforma Foodora non aveva alcun potere di imporre ai *riders* di lavorare o non lavorare in determinati slot orari.

Diversamente dal giudice di prime cure, il Collegio, invece, ravvisa nel caso di specie un'ipotesi di prestazione etero-organizzata ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015.

3 Ricostruzione delle fattispecie ed etero-organizzazione come *tertium genus*

Assume un certo rilievo la pronuncia in commento, poiché presta alla Corte torinese l'occasione per una delle prime letture della etero-organizzazione di recente inserita nell'ordinamento e del rapporto

di questa con le fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. e 409, n. 3 c.p.c.[5]

Smentisce innanzitutto il Collegio l'asserita inutilità ontologica dell'art. 2, invocando la necessità, piuttosto, di sistematizzarlo, in quanto norma positivamente esistente nel contesto ordinamentale e come tale dotata di un intrinseco valore precettivo[6]: la norma si pone come un *tertium genus* tra subordinazione e collaborazione coordinata e continuativa nel quale l'etero-organizzazione assume le fattezze concrete di una «integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente», in guisa che la prestazione possa strutturalmente interconnettersi con l'organizzazione. Quindi, da un lato rimane qualcosa di meno e di altro rispetto al potere gerarchico e disciplinare che caratterizza l'eterodirezione della subordinazione; dall'altro si rinviene un *quid pluris* rispetto alla collaborazione, la quale si estrinseca in una mera coordinazione con il committente che determina le modalità di svolgimento della prestazione.

Premessa questa distinzione, i giudici ravvisano che nel caso di specie fosse proprio la piattaforma ad organizzare le modalità di esecuzione della prestazione in relazione a tempi e luoghi, indicando ai ciclofattorini indirizzi delle consegne e tempi per realizzarle e zone di partenza, sulla base di turni previamente predisposti. Può inoltre considerarsi soddisfatto il requisito della continuatività delle prestazioni che erano reiterate settimanalmente dai fattorini. Il fatto pertanto che i *riders* potessero liberamente conferire o meno la loro disponibilità a coprire determinati slot, o addirittura revocarla una volta data, non esclude che nel caso di specie sussista un'ipotesi di collaborazione etero-organizzata e che al rapporto «pur rimanendo tecnicamente autonomo, (…) si applicheranno le tutele previste dalla disciplina del lavoro subordinato».

Invero l'emanazione dell'art. 2 è stata fin da subito accompagnata da una pluralità di interpretazioni dottrinali[7]. A quanti postulava-

5 F. Martelloni, *La corte d'appello di Torino tira la volata ai* riders *di Foodora*, in *Questione Giustizia*, *https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-d-appello-di-torino-tira-la-volata-ai-riders-di-foodora_17-04-2019.php*; P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei* riders*: quali tutele applicabili?*, *op. cit.*, p. 3.

6 Il Tribunale sul punto in maniera alquanto frettolosa aveva tacciato la norma de qua di essere "apparente", di non avere cioè una specifica funzione precettiva ma di potersi "sovrapporre all'area già delimitata dalla subordinazione". Sul punto P. Tosi, *L'art. 2,comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, vol. 6, p. 1130 ss.

7 *Ex multis*, A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 272/2015; O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 266/2015; G. Santoro Passarelli, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, vol. 3, p. 771 ss.; A. Andreoni, *La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, vol. 4, p 731 ss.;

no che incidesse direttamente sulla fattispecie della subordinazione, ampliandone l'ambito di applicazione attraverso un nuovo criterio legale aggiornato[8], altri avevano risposto leggendo l'art. 2 come una nuova fattispecie di lavoro subordinato, un sottoinsieme cioè della più ampia fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. in cui far rientrare le ipotesi di subordinazione caratterizzata non dalla eterodirezione, ma dalla etero-organizzazione[9]. Da ultimo, vi è stato chi, rifiutando sia un intervento di tipo modificativo sia di tipo additivo sulla fattispecie tradizionale della subordinazione, ha escluso che l'art. 2 insista sullo stesso ambito di applicazione dell'art. 2094, ravvisandone piuttosto «una diversa figura, gravitante nella soglia tra subordinazione e autonomia, che viene ricondotta per l'effetto nell'area della subordinazione, senza che essa sia tipologicamente qualificabile come tale»[10]. Come dire, in altri termini, che il rapporto di lavoro rimane pur sempre autonomo, ma vi si applicheranno le tutele tipicamente connesse all'alveo della subordinazione. Conclusione cui, alla luce delle modalità fattuali con cui i ciclofattorini esercitavano la loro attività al servizio della piattaforma, è pervenuta anche la Corte torinese. Nella sentenza in commento, infatti, benché il riferimento al *tertium genus* sembri rimandare a un tentativo di «avallare quella categoria intermedia»[11] che si insinua tra le ipotesi di cui al 2094 c.c. e il lavoro autonomo *tout court*, esso in realtà ha solo una valenza "descrittiva"[12], risulta cioè funzionale a sussumere la fattispecie concreta all'interno di quell'area del lavoro autonomo al quale vengono estese le tutele di quello subordinato, facendo dell'art. 2 una «norma di estensione delle tutele, non di fattispecie»[13].

O. Mazzotta, *Lo strano caso delle "collaborazioni organizzate dal committente"*, in *Labor*, 2016, vol. 1-2, p. 7 ss.; S. Ciucciovino, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, vol. 3, p. 321 ss.

8 G. Ferraro, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 2015, p. 5 ss; V. sul punto la ricostruzione di questa interpretazione di A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 272/2015, p. 6 ss.

9 M. Pallini, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione*?, in *Riv. giur. lav.*, 2016, vol. 1, p. 65 ss.

10 A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, *op. cit.*, p. 12; Id., *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Torino, 2015, p. 279 ss.

11 P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei* riders*: quali tutele applicabili*?, *op. cit.*, p. 3.

12 A. Perulli, *I ciclofattorini sono etero-organizzati*, in *Quotidiano del Lavoro*, 12 febbraio 2019.

13 A. Perulli, *ibidem*.

4 Cenni conclusivi

Con la sentenza in commento, la Corte d'appello torinese, riformando parzialmente quanto deciso dal giudice di prime cure, pur negando la natura subordinata del rapporto tra i ciclofattorini e la piattaforma Foodora, riconosce nelle modalità fattuali di esercizio della prestazione l'etero-organizzazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015.

Da un lato la Corte, abbandonato il frettoloso approccio dogmatico del giudice che l'ha preceduta, ricostruisce i confini e l'ambito applicativo della norma recentemente inserita nell'ordinamento; pertanto, ribadito lo sforzo necessitato dell'interprete di trovare una sistematizzazione alla norma in quanto esistente, riscontra nelle modalità di esecuzione delle prestazioni unilateralmente imposta dalla piattaforma, nonché nel carattere continuativo delle stesse, una chiara ipotesi di collaborazione etero-organizzata.

Per questa via, poiché cioè le modalità di esecuzione venivano organizzate quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro dalla piattaforma, i *riders* di Foodora, pur rimanendo lavoratori autonomi, in relazione ad ogni altro aspetto del rapporto di lavoro, «e in particolare per quel che riguarda sicurezza, igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza», si vedranno estendere le tutele riconosciute al lavoro subordinato. Tanto che la stessa Corte accoglie la domanda degli appellanti circa il riconoscimento del diritto a ottenere il trattamento retributivo dei lavoratori dipendenti, anche se solo in relazione ai giorni e ore di lavoro effettivamente lavorate, sulla base del CCNL di categoria. Non avendo riconosciuto invece la natura subordinata ai rapporti di lavoro, non accoglie la richiesta di estensione ai *riders* delle tutele relative all'ipotesi di licenziamento illegittimo[14]. La conclusione pare "ragionevole"[15]: giacché persiste la natura autonoma dell'attività prestata dai ciclofattorini e la piattaforma non aveva interrotto i rapporti in essere prima della naturale scadenza – ma anzi aveva proposto ai prestatori altre modalità contrattuali al termine di quelle pendenti – pare del tutto giustificato il rigetto della domanda.

14 A. Perulli, *ibidem*.

15 F. Martelloni, *La corte d'appello di Torino tira la volata ai* riders *di Foodora*, *op. cit.*

Quaderni semestrali
del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Università
Ca'Foscari
Venezia